

DU  
DÉLAI DE VIDUITÉ

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Samedi 25 Février 1911, à 2 heures*

PAR

VINTILA AL. ARDELEANU

---

*Président : M. ALBERT WAHL, professeur*  
*Suffragants* { *MM. EMILE ALGLAVE, professeur*  
*GASTON MAY, professeur*

---

PARIS (5°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

---

1911



**THÈSE**  
**POUR LE DOCTORAT**

---

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni  
improbation aux opinions émises dans les thèses :  
ces opinions doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.**

---

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DU  
**DÉLAI DE VIDUITÉ**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Samedi 25 Février 1911, à 2 heures*

PAR

**VINTILA AL. ARDELEANU**

---

*Président : M. ALBERT WAHL, professeur*

*Suffragants* { *MM. EMILE ALGLAVE, professeur*  
*GASTON MAY, professeur*



---

PARIS (5°)

**V. GIARD & E. BRIÈRE**

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

---

1911



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41549925\\_0022](https://archive.org/details/IA41549925_0022)

## INTRODUCTION

---

Notre sujet se rattache à la question de la *filiation*, qui pourrait se trouver incertaine, après la dissolution du *mariage*, dans le cas où la femme viendrait à convoler immédiatement en *secondes noces* (1). C'est de cette considération qu'est née l'institution appelée aujourd'hui le DÉLAI DE VIDUITÉ.

Filiation, mariage, secondes noces, sont les mots qui nous marquent le champ à explorer dans l'étude qui va suivre et dans laquelle on observera les variations de l'idée de viduité parallèles aux variations des idées que l'on se faisait aux différentes époques de ces notions, parallèles aussi aux changements apportés dans les mœurs. Faut-il ajouter que la religion joue également un rôle dans la question?... il s'agit de la famille, de la paternité...

C'est une grave question et très discutée que de savoir si dès l'apparition du mariage exogamique la société s'est

(1) Les critiques qu'on peut apporter à cette conclusion seront exposées plus loin.

réellement inquiétée de la paternité ? Quelques sociologues ont affirmé que dès l'apparition du mariage, la famille véritable s'était dégagée avec la conception précise de la maternité et même de la paternité ; or, il semble au contraire, qu'à cette première étape l'idée de famille est si confuse qu'elle ne s'est pas encore nettement différenciée de celle du clan. Letourneau (1) qui observait les peuplades de l'Amérique du Nord, où cependant le mariage existe, parle ainsi : « Dans la plupart des tribus le mari n'a aucun droit sur les biens de sa femme, ni sur ses enfants ; tout cela reste dans le clan maternel, et c'est la filiation maternelle qui règle le nom et les droits des enfants ». Lafitan rapporte que chez les Hurons et les Iroquois le mariage s'accomplit de telle sorte qu'on ne fonde pas une case nouvelle ; les enfants appartiennent au clan de la mère, auquel le père est lui-même étranger.

Donc, même avec le mariage, la famille n'est pas devenue dès l'abord un élément distinct dans la société ; longtemps encore on ne s'occupe que de la parenté utérine par clans. Par suite, on peut affirmer, contrairement à l'opinion unanime des plus anciens sociologues, que le clan n'est pas une famille qui s'est élargie, — c'est au contraire lui qui est l'élément primitif, c'est de lui qu'est sortie la famille, par une lente différenciation, à mesure que le mariage s'est plus nettement et solidement constitué.

Avant cette étape de la civilisation humaine, s'il en faut

(1) Letourneau, *L'évolution du mariage et de la famille* (Paris, 1888).

croire les sociologues (1), la forme de ce que nous appelons mariage était la *promiscuité*, avec cette croyance que le sang se transmet par les femmes et que la paternité n'a aucune importance (2).

Après la promiscuité se sont écoulés de longs siècles, et la société a dû passer, en grandes lignes, par la *communauté des femmes*, par le *tribu* ou l'*hétairisme*. Après ces étapes primitives apparaît le mariage par *capture*, et avec lui la famille véritable, la maternité précise, et pour la première fois la conception de la paternité.

Il est vrai, disent les sociologues, que la famille à cette étape est encore confuse et que la notion de la paternité encore vague est loin d'atteindre la rigoureuse précision qu'elle aura plus tard, mais, ce qui est certain c'est que le

(1) La société primitive n'a été définitivement décrite ni dans sa constitution intime, ni dans son évolution précise ; l'on discute encore pour déterminer si la promiscuité a précédé la monogamie, ou l'endogamie l'exogamie, ou la polyandrie la polygynie. — Quelle que soit la première forme de mariage que les sociétés primitives aient adoptée, il n'est possible de trouver un remède à la *turbatio sanguinis* que dans les sociétés qui vivent sous la forme du patriarcat et chez celles qui attribuent le fils au père. — Dans l'exposé qui suit nous avons suivi les travaux de : Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, t. I, (traduction française). — Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du droit* (Paris, 1888). — Letourneau, *L'évolution du mariage et de la famille* (Paris, 1888). — Fustel de Coulanges, *La cité antique*. — Giraud-Toulon, *L'évolution politique*.

(2) Dans une telle société, comme nous l'avons déjà dit, il ne peut pas être question de parer à la *confusio seminis*, ou de songer qu'il y a des motifs qui peuvent imposer un délai de virginité.

mariage a commencé par la capture, c'est-à-dire l'appropriation d'une femme par un vainqueur, et que l'origine de la paternité n'a été que la conséquence logique de cette conception. Le guerrier qui a capturé une femme la réclame pour lui seul, comme les armes et les dépouilles des vaincus, comme un butin ; c'est son droit : il ne viole pas ainsi les droits de la communauté car sa qualité de vainqueur lui donnait le droit de tuer cette esclave.

Le mariage par capture, une fois passé dans les mœurs, aurait eu le résultat d'habituer les hommes à chercher des femmes hors de leur tribu, et ainsi d'orienter les sociétés vers l'EXOGAMIE. Cet usage fut développé, s'il faut en croire Lubbock, par cette remarque que les produits nouveaux étaient supérieurs aux produits issus d'unions ENDOGAMES. — Quoi qu'il en soit, l'exogamie semble avoir été la règle générale, à cette étape de l'évolution sociale, et cette loi nouvelle se manifeste clairement par les défenses sévères qui répriment les unions endogames.

Une survivance remarquable de l'endogamie et de la communauté des femmes, est la *polyandrie* qui dans quelques sociétés a coexisté longtemps avec l'exogamie ; mais, bien que les cas de polyandrie soient assez fréquents, ce régime n'est pas considéré comme une étape-type de la société : il ne serait qu'un dérivé de la communauté des femmes.

Tant que dure le matriarchat, la polyandrie reste conforme à son origine, mais à l'apparition du patriarchat, il devient nécessaire pour connaître la paternité de res-

treindre cette communauté aux hommes de même sang, le père et le fils, les frères entre eux. Dès lors, dans la plupart des civilisations, on trouva la paternité suffisamment précise, parce qu'on fut long à distinguer ses enfants de ceux de son frère, et c'est sous cette forme atténuée que la polyandrie a longtemps subsisté.

Mais la véritable famille, telle que nous la concevons aujourd'hui n'a pu s'édifier que sur une base plus solide que la capture : Cette base sera désormais au contrat, qui établira un lien solide, obligatoire entre les époux, et par suite un lien durable entre les enfants. A ce moment on peut considérer la famille comme constituée, à ce moment seulement on peut trouver le mariage MONOGAMIQUE, qui seul présente un intérêt pour notre étude. Une fois le mariage monogamique entré dans les mœurs, les liens se resserrent entre les époux et par suite entre les enfants. Sans doute, à cette époque, la paternité n'a ni la précision, ni l'importance qu'elle atteindra dans les sociétés postérieures, parce qu'il y a lieu de supposer que la société vivait sous le régime du matriarchat, les peuples n'avaient pas fait de la présomption de paternité, comme aujourd'hui, la principale raison d'être du mariage ; — mais, quoi qu'il en soit, la croyance unanime des auteurs est que, à cette époque s'est dégagée la conception de la paternité, et qu'elle a découlé tout naturellement de l'appropriation de la femme par le mari, appropriation faite par le mariage par achat.

On attribue la création du lien de la paternité au mariage par *achat*, non pas à cause de la présomption de pa-

ternité qui pourra découler de la cohabitation, mais tout simplement par suite de l'appropriation de la femme : désormais elle devient la propriété définitive de son mari, une valeur dans son patrimoine. A la mort du mari, elle ne retourne pas dans sa famille d'origine, mais passe au plus proche agnat du mari ; il s'ensuit que les enfants sont liés définitivement au mari et sont les agnats de ses agnats.

Chez quelques peuples, le mariage n'a pas revêtu la forme d'un achat, mais ses effets n'en sont pas moins analogues, c'est-à-dire qu'il transporte toujours la propriété de la femme à la famille de son mari, et établit par suite un lien solide de paternité.

Le mariage par achat, devenu la forme définitive des unions, eut d'importants et nombreux effets sur l'ordre social ; le principal fut le développement de la paternité ; les autres effets les plus marquants furent l'apparition de l'adultère en tant que délit et de la prostitution en tant qu'institution (1). C'est à cette époque aussi que le mariage se présenta avec ses caractères de fermeté et d'indissolubilité.

Le mariage par achat ne s'est pas conservé longtemps avec sa rigueur et sa fermeté primitive : il était naturel que la vie commune des époux donnant à chacun un rôle analogue dans l'éducation des enfants, tendît à faire de la femme l'égale de son *seigneur et maître*. Dès lors, cette conception, qui fait de la femme un simple objet sur le mar-

(1) H. Spencer, *Principes de Sociologie*, t. I, p. 460 et suiv.

ché, ne put se maintenir, et ce fut la communauté de vie elle-même, *boire, manger, coucher ensemble*, qui devint le trait caractéristique du mariage ; celui-ci s'écarta de plus en plus de la forme de la vente pour évoluer vers un commencement symbolique de vie commune. En même temps le mariage devenu une simple *individua, vitæ consuetudo* s'affaiblissait et se dissolvait de plus en plus aisément.

\*  
\* \*

La première forme sous laquelle le mariage monogamique se présente à nous dans son évolution, c'est le MATRIARCHAT : du clan avec filiation utérine, un groupe plus étroit se dégage, la famille maternelle.

Immédiatement après le matriarchat, on place la famille à la fois MATERNELLE ET PATERNELLE, en la faisant coïncider avec l'étape agricole de l'évolution sociale (1). Sous ce régime la famille devient extrêmement stable : ses membres demeurent longtemps attachés à la même terre, et les jeunes générations quittent rarement le toit paternel. C'est

(1) Les sociologues admettent comme un résultat acquis que les tribus antiques les plus éloignées et les plus diverses ont suivi une évolution générale analogue : tous les peuples ont été d'abord chasseurs, puis pasteurs, puis *agriculteurs*, enfin *commerçants*. Tous (et c'est ce qui importe le plus pour l'étude de la famille) ont eu des croyances religieuses analogues.

en partant de cette cohabitation habituelle des membres d'une famille qu'on arrive à considérer la communauté de vie comme un signe de parenté ; dès lors, il n'y a plus aucune raison d'attribuer à la maternité un rôle plus grand qu'à la paternité, ni surtout de faire produire à la filiation maternelle des effets exclusifs. — Cette période est courte ; ce n'est partout qu'une étape de transition : bientôt la famille double va disparaître et la famille simple va reparaître : mais avant cela le rôle de la mère se ternit et c'est le père qui devient l'agent central de la famille et l'unique générateur de la parenté (1).

On fait coïncider l'avènement du *patriarchat* avec l'avènement des croyances païennes, qui ont donné au père de famille la qualité de prêtre et presque de dieu. — C'est maintenant le père de famille qui unit par un lien religieux et mystique les jeunes générations à leurs ancêtres ; il devient ainsi l'élément principal de la famille et désormais la paternité acquiert la plus haute importance.

Mais le lien religieux, se développant de plus en plus, altéra et absorba le lien de sang : ce qui devait constituer désormais la famille, c'était moins la consanguinité que la

(1) D'ailleurs, le matriarchat avait quelque chose d'anormal : la femme qui détermine seule les relations de parenté n'est pas le personnage principal de la famille : elle n'est que la compagne et souvent l'esclave du mari, qui, étant plus fort, joue le rôle du chef. Il était donc naturel que, lorsque la vie commune dérivée du mariage eut créé entre le père et ses enfants un lien aussi intime qu'avec la mère, l'homme s'attribuât le premier rôle dans les relations familiales.

vie commune, moins la parenté que la soumission à la même puissance paternelle. Le patriarche pouvait, dans cette période, se créer des enfants artificiellement par l'adrogation, comme il pouvait rendre étrangers ses fils naturels par l'émancipation. C'est ainsi qu'on s'explique la forte cohésion de la famille antique : ce n'était pas le lien de sang, mais le culte des ancêtres qui en était la base.

Il ressort des croyances païennes qu'à tout prix il fallait perpétuer la famille : il était indispensable d'avoir des enfants, car, c'étaient eux qui rendaient les honneurs aux parents défunts, et leur offraient des sacrifices ; aussi, la plus grande préoccupation des païens pendant leur vie était-elle de se créer des héritiers qui leur devaient rendre un culte après leur mort.

L'homme était réputé un être heureux et divin, mais à la condition que sa postérité lui offrit toujours la série des repas funèbres, qui devaient assurer à ses mânes le repos et le bonheur. Or, l'offrande ne pouvait être faite à un mort que par les descendants mâles, — les filles, le jour où elles se mariaient, renonçaient à la famille et au culte de leur père pour appartenir à la famille et à la religion de leur mari.

Dans cet ordre d'idées, le célibat devait être une impiété grave, car le célibataire, par sa négligence à se marier, ou à se remarier *s'il n'avait pas d'enfants mâles*, ne commettait pas moins qu'un véritable parricide multiplié autant de fois que la famille avait d'ancêtres. C'est pourquoi : « si une femme enceinte se marie, que sa grossesse soit

connue ou non, *l'enfant mâle* qu'elle porte dans son sein appartient au mari, et il est dit reçu avec l'épouse » (1). C'est pourquoi si un homme est infirme et incapable de procréer, il pouvait se faire remplacer par son plus proche parent et autoriser sa femme à se livrer à celui-ci (2). S'il était mort sans enfant mâle, il fallait que sa veuve se remariât (3) : elle devait convoler en nouvelles noces avec le plus proche parent de son époux défunt, et le fils, produit de cette union, appartenait aux deux pères, ce que Manou justifie par une comparaison naïve entre le droit respectif du propriétaire du champ et du propriétaire de la semence (4), ainsi, *le fils à naître de ce second mariage devait être réputé fils du défunt*, le mort avait désormais un descendant qui pouvait lui offrir des repas funèbres et ses mânes étaient sauvés de l'enfer qui les menaçait (5).

Il ressort en effet de ces croyances, qu'à tout prix il importait de perpétuer la famille : il était indispensable d'avoir des enfants, car d'eux dépendait la reddition des honneurs dûs aux parents défunts, et les sacrifices ; aussi, comme nous l'avons vu, la plus grande préoccupation de ces sociétés pendant leur vie était-elle de se créer des hé-

(1) Manava-Dharma-Sastra, *Lois de Manou*, IX, 173.

(2) *Idem*, IX, 59-63, 167.

(3) Au n° 176 du livre IX *des lois de Manou* (voyez aussi n° 175, IX), où le législateur parle des secondes noces, il n'est rien dit d'un délai imposé à la femme entre la séparation d'avec son ancien mari et son remariage avec un second.

(4) *Idem*, IX, 69, 146.

(5) Le fils est appelé aussi par Manou : *Sauveur de l'enfer*.

ritiers susceptibles de leur rendre un culte après leur mort.

Le développement de ces idées religieuses eut, comme nous l'avons dit, une répercussion dans les liens qui existaient entre les membres de la famille. Le lien naturel de la naissance ne suffisait pas pour faire entrer un enfant dans une famille. Ainsi, le bâtard, même quand sa filiation paternelle était certaine, ne succédait point : n'étant pas uni par un lien religieux à sa famille, il n'avait envers elle aucun droit. Le fils légitime, lui-même, n'entrait dans la famille qu'après avoir été initié au culte : le neuvième jour de sa naissance à Rome, le dixième dans l'Inde : on sacrifiait aux dieux du foyer, une femme prenait l'enfant dans ses bras et en courant lui faisait faire plusieurs fois le tour de l'autel.

Cette préoccupation religieuse modifia la forme du mariage elle-même : il fallut initier l'épouse aux dieux de son mari, et le mariage n'était accompli que lorsqu'elle avait pris part à un sacrifice au foyer de son époux.

Cette préoccupation a eu une répercussion aussi sur le délai de viduité : depuis les temps les plus reculés, nous trouvons la femme chez les Romains, obligée d'attendre après la dissolution du mariage dix mois, et cette interdiction n'est pas imposée pour empêcher la confusion de part, comme elle sera plus tard, mais elle est imposée par une idée religieuse de deuil du mari (*tempus lugendi*). L'idée de confusion de part date seulement du moment où la cognation commença de prendre la place du lien d'agnation qui

unissait tous les membres de la société païenne romaine ; elle va se faire jour sous l'influence du droit préto-rien.

Nous suivrons ce *tempus lugendi*, devenu un moyen de parer à la confusion de part — *turbatio sanguinis* — dans LA LÉGISLATION ROMAINE ; puis ce qu'il est devenu sous l'influence de la doctrine chrétienne, DANS LA LÉGISLATION COUTUMIÈRE. Enfin, en dernier lieu, nous aurons à nous occuper de LA LÉGISLATION ACTUELLE.

Nous passerons volontairement parfois sous silence tout ce qui concerne le mariage, la filiation ou les secondes noces — car, pour l'étude de ces institutions, il faudrait, s'il l'on désirait être complet, dépasser les limites de notre question, — sans, toutefois, négliger de les mentionner, et d'en dire brièvement le caractère chaque fois que nous aurons l'occasion d'en parler.

---

# DU DÉLAI DE VIDUITÉ

---

## LA LÉGISLATION ROMAINE

En ce qui concerne la filiation, et pour la maternité d'abord, voici un ancien principe qui ressort des textes : l'enfant, quel qu'il soit, a une mère certaine : *semper certa est mater, etiam si vulgo conceperit* (1) ; on ne distingue pas l'enfant légitime naturel simple, adultérin, incestueux. Pour la paternité (2), c'est le père lui-même, en sa qualité de prêtre et de magistrat, qui tranche la question de la filiation : quand il naît un enfant de sa femme, il est libre de s'en reconnaître le père ou de le rejeter hors de la famille (*tollere, suscipere*). Plus tard, la puissance du père s'étant émoussée, il paraît extraordinaire qu'il puisse sans raison rejeter de sa famille l'enfant de sa femme.

(1) Paul, D. 2, 4, *De in jus vocando*, 5.

(2) La paternité n'a d'effets juridiques que dans les *justæ nuptiæ* ; l'enfant illégitime, n'appartenant à aucune famille par le lien religieux, n'a aucun droit ; la recherche de la paternité n'est pas prohibée, mais elle est pour lui indifférente.

Alors la coutume fait du mariage lui-même une preuve de paternité, et pour la première fois apparaît la fameuse présomption qui régit encore toutes les sociétés civilisées : *pater is est quem nuptie demonstrant* (1). Elle signifie que l'enfant né du mariage a pour père le mari, et que l'enfant né hors mariage n'a point de père au point de vue légal. Avec un tel système la preuve directe de la paternité n'existe pas, mais elle est remplacée par une autre preuve plus facile : tel homme était le mari de la mère à l'époque de la conception.

Il n'est pas certain d'ailleurs que la règle *pater is est...* ait eu pour objet à son apparition la preuve de la paternité ; il semble au contraire que cette preuve n'en ait été qu'une conséquence détournée et imprévue. A son apparition elle a un sens très différent : un fils de famille ne pouvait *vocare in jus* son ascendant qu'avec l'autorisation préalable du magistrat, et l'on décide que sera présumé ascendant celui qui est l'époux de la mère du demandeur.

Une fois la présomption dégagée et étendue dans tous les cas à la preuve de la paternité, une grosse difficulté s'est présentée : il fallait déterminer exactement les délais de la grossesse afin de connaître l'époque possible de la conception. Or, cette durée étant assez variable, il n'est pas aisé de fixer des délais à la fois fermes et impeccables ; aussi à Rome la présomption est-elle toujours restée flottante, et

(1) Paul, *Dig. h. t.*, 5.

n'a-t-elle jamais revêtu la précision qu'elle atteint dans notre Code civil. On arriva cependant à dégager des principes, assez élastiques il est vrai : l'enfant n'était légitime que s'il était né au plus tôt le sixième mois du mariage, et au plus tard le dixième mois après sa dissolution. Encore, dans cet intervalle de temps, essaya-t-on de créer des distinctions entre les mois, d'après l'opinion d'Hippocrate, que l'enfant né le huitième mois n'était jamais viable. Voici d'ailleurs l'avis général résumé par Aulu-Gelle : *Opinio est .. gigni hominem septimo rarer, nunquam octavo, sæpe novo, sæpius decimo mense* (1). A partir du sixième mois, l'enfant est donc présumé *justus*. Quant au délai extrême des grossesses les plus longues, il paraît avoir été fixé avec plus de fermeté. Ulpien dit en effet : *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem* (2). Ces délais prefix n'empêchent pas les magistrats romains d'admettre à l'occasion des grossesses de plus de dix mois ; seulement, dans ce cas, il n'y a plus de présomption légale, et c'est au réclamant qu'il appartient de fournir la preuve (3).

Pour le mariage, à cette époque il n'y avait qu'une seule forme : la *manus* (4) qui s'acquiesrait par la *confarrea-*

(1) Aulu-Gelle, *Noctes Atticæ*, l. III, ch. xvi, n° 12.

(2) Ulpien, D. 38,16, *De suis et legitimis heredis*, 3,11.

(3) Aulu-Gelle nous donne des exemples de grossesses ayant duré onze mois (*Id.*, 3,16,12) et Pline des exemples de grossesses ayant duré douze mois (*Hist. nat.*, 7,5,40).

(4) « Au commencement l'idée de *manus* et mariage devait se confondre. » Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Ed. IV,

tio (1), la *coemptio* et l'*usus* (2). La femme tombée sous la *manus* de son mari était envers lui réputée sa fille (*loco filiae*) et par suite *loco sororis* de ses enfants.

A Rome un nouveau mariage n'était pas impossible (3), mais pour cela et il fallait que l'ancien fût dissous (4).

Lorsque la femme vient à mourir, le mari peut se remarier sur l'heure (5).

Au contraire, lorsque le mariage est dissous par la mort du mari, la femme doit porter le deuil dix mois (6) (année lunaire), et ne peut se remarier avant l'expiration de ce délai (7). Dans les premiers temps, c'est par cette idée religieuse de *deuil du mari* qu'on a admis le *tempus lu-*

1906, p. 147, 1. — Contra, Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, Ed. II, vol. I, p. 58, 2.

(1) La *confarreatio* a pour éléments essentiels l'offrande à Jupiter d'un pain d'épautre (*fareus panis*) et la prononciation de paroles sacramentelles (*verba certa et solemnia*) devant dix témoins, le grand pontife et le flamine de Jupiter. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 149.3.

(2) Gaius, *Institutes*, 1, 110; *Usuo, farreo, coemptione*.

(3) Girard, *op. cit.*, p. 163. — Cuq, *op. cit.*, vol. I, p. 65, 2. « Les secondes noccs pour les femmes étaient vues avec défaveur. »

(4) A aucune époque la polygamie n'est signalée dans l'histoire de Rome.

(5) Paulus, D. 3, 2. *De his qui notantur infamia*, 9, pr. *Uxores viri lugere non compelluntur*.

(6) Cuq, *Les institutions*, vol. I, p. 65, 3 : « Ce délai, qui coïncidait avec le maximum de durée de la grossesse, n'avait pas été établi spécialement pour la femme ; il en était de même à l'égard du mari, pour un ascendant, ou pour un descendant âgé d'au moins dix ans. »

(7) Ovide, *Fastes*, I, 33-36.

*gendi* (1), et la notion en était très voisine de l'idée de respect que la femme devait avoir pour son ancien mari. Plus tard, seulement, ce délai est apparu comme un moyen d'empêcher la confusion de part, *turbatio sanguinis* (2). D'après Plutarque, ce serait une loi de Numa qui l'aurait imposé (3).

Est-il encore besoin de rechercher quel fut, à cette époque, la raison de ce délai de viduité imposé à la veuve ? Le pater familias devenait un *lares* de ses descendants (4) ; par conséquent, après la mort, sa femme devait lui porter le respect dû à une personne qui devenait sainte. On observe des traces de cette conception dans Paul : la femme pendant le temps de deuil devait s'abstenir : *a convivis, ornamētis, purpura* (5) et dans l'édit du préteur (6).

La sanction de cette prohibition de remariage pendant ce délai, n'était pas la nullité du mariage. Elle consistait dans un sacrifice expiatoire (7) : la femme qui voulait se remarier avant ce terme était tenue de sacrifier une vache pleine (8).

Nous trouvons encore la prohibition pour la femme de

(1) Girard, *Manuel*, p. 162.

(2) Cuq, *Les institutions*, vol. I, page 65,3. « La pensée d'éviter « une confusion de part n'apparaît qu'à l'époque classique ». Dans ce sens aussi Girard, *op. cit.*, 162,2.

(3) Plutarque, *Numa*, 12. (*Textes* Girard, p. 8).

(4) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, chapitre II, p. 20.

(5) Paul, *Sentences*, I, 21, § 14.

(6) D. 3.2. *De his qui notantur infamia*, 1 et 2.

(7) Girard, *Manuel*, p. 162, 1, note.

(8) Plutarque, *Numa*, 12 *in fine* (*Textes* Girard, p. 8).

se remarier immédiatement après la mort du mari dans l'édit du préteur (1), mais justifiée par un autre motif : On voulait empêcher la *turbatio sanguinis* (2), c'est-à-dire éviter les risques de confusion de part dans le cas de convol en secondes noces de la femme, car pour le mari il n'y aurait aucun inconvénient à se remarier immédiatement après la mort de sa femme.

« L'association au culte a perdu sa portée pratique par « suite de l'affaiblissement du sentiment religieux et de « la moralité... » (3) et le droit prétorien, reconnaissant à la *cognatio* des effets juridiques, transforma profondément la famille agnatique romaine, et la dirigea vers une autre conception de la filiation. Désormais ce ne seront plus les liens religieux qui uniront les membres d'une famille, mais bien le lien naturel, le lien de sang (4).

Il découlait donc, de l'ensemble de ces conditions, que la crainte de confusion de part fut le motif pour lequel le droit prétorien interdisait aux femmes de convoler en secondes noces immédiatement après la dissolution d'un pre-

(1) D. 3,2. *De his qui notantur infamia*. — M. Lennel a démontré que le catalogue des infâmes, présenté comme extrait de l'édit du préteur par le digeste, est interpolé par Justinien. (V. Girard, *Manuel*, 197,4, note. Et Girard, *Textes*, p. 132 et 133, VI, *De postulando*).

(2) Ulpien, D. 3,2. *De his qui notantur infamia*, 11,1.

(3) Cuq, *Les institutions*, II, p. 78.

(4) C'est pourquoi Ulpien dit : *Jure proprio familiam dicimus plures personas quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ*.

mier mariage. La preuve en est que le délai était imposé par l'édit, même à la veuve d'un criminel s'il a été *perduellionis damnatus*, s'il s'est pendu *suspendiosus*, et généralement s'il s'est donné la mort, *non tædio vitæ sed mala conscientia*, bien que pour les criminels de ce genre le deuil ne fût pas imposé.

La violation de la prohibition de l'édit n'entraînait pas non plus la nullité du nouveau mariage, mais *l'infamie* dont était frappée celle *quæ viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est nupserit* (1). L'infamie était également encourue par le nouveau mari, et, s'il était en puissance paternelle, par son père ; enfin par le père de la femme, si elle était en puissance paternelle (2).

Si le mariage avait été dissous par le divorce, il eût semblé assez rationnel d'imposer à la femme le même délai de viduité : et c'eût été d'autant plus logique, que, comme nous l'avons dit, la vraie raison du délai était bien la crainte de confusion de part. Pourtant, jusqu'aux empereurs chrétiens, la femme, en pareil cas, put se remarier immédiatement après la dissolution du premier mariage (3). Les jurisconsultes ne parlent pas d'un délai de viduité à la suite du divorce ; et, d'ailleurs, si ce délai avait existé, comment Juvénal (4) nous dirait-il que les

(1) F. Vatic, 320.

(2) Julianus, D. 3,2. *De his qui notantur infamia*, 1.

(3) C. 5,17. *De repudiis et judicio de moribus sublato*, 8, 4. b. — C'est cette constitution qui a mis l'unité dans la législation.

(4) Juvenal, Sat. II, vers 229.

femmes pouvaient se donner jusqu'à huit maris en cinq ans ; — et Sénèque, que les dames romaines, comptaient leurs années non par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris ?

Pourquoi cette différence entre le cas de mort du mari, et le cas de divorce ?

Nous avons vu qu'à l'origine le délai de viduité a été imposé pour un motif religieux de deuil du mari. Quand le préteur a commencé son œuvre en corrigeant, puis en suppléant et en ajoutant au droit, il n'a eu rien d'autre à ajouter à cette disposition que les peines mentionnées, puisque les anciennes étaient devenues insuffisantes, en même temps qu'il l'a imposé pour parer à la *turbatio sanguinis*, la famille étant à ses yeux unie par les liens de sang, la *cognatio*, et non par *l'agnation*. Mais pour le cas de divorce à l'époque païenne il n'y avait aucun motif, d'empêcher le remariage immédiat de la femme, car, d'une part, il n'y avait personne à pleurer, le mari n'était pas mort, et d'autre part la famille cognatique était inconnue, elle n'avait comme fondement que les liens agnatiques, qui seuls pouvaient donner des droits aux membres qui la composaient.

D'ailleurs à cette époque les divorces étaient très rares, cette institution n'était pas encore entrée dans les mœurs. C'est seulement plus tard, par la fréquence des divorces, que l'attention du législateur fut attirée, et sous l'influence de la nouvelle conception de liaison des membres d'une famille par le lien du sang, qu'on a pris à différentes re-

prises des précautions pour parer à la *confusio seminis*.

Ainsi, pour éviter les suppositions de part, le sénatus consulte Plancien (1) obligeait la femme, si elle se croyait enceinte, de dénoncer sa grossesse, dans les trente jours, au mari (2) : en gardant le silence, il était censé reconnaître sa paternité ; mais s'il avait des doutes, il pouvait envoyer des *custodes*, *ad ventrem insciendum observandumque* ; si la femme accouchait sous cette surveillance, l'enfant appartenait au mari (3). Si la femme *prægnantem se esse non denuntiaverit, vel custodes non admiserit*, le père pouvait nier sa paternité (4) sauf pour l'enfant à exercer l'action de *partu agnoscendo*.

Sans exiger de déclaration du même genre, une disposition de l'édit permettait aux héritiers du mari de prendre des précautions symétriques contre la femme survivante (5).

*Si mulier se ex viro prægnantem neget, permittitur marito ventrem inscipere et ventri custodes dare* (6) cinq sages-femmes (*obstetrices*) l'examineront, et si elles diagnostiquent une grossesse, on lui donnera des gardiens pour surveiller l'accouchement (7). Si le mari craint une suppression

(1) Le sénatus-consulte est antérieur au temps d'Hadrien d'après Ulpien. (D. 25.3. *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*, 3,1.) Girard, *Manuel*, p. 162,5 note.

(2) Ulpien, D. 25,3, *h. t.* 1,1.

(3) Paul, *Sentences*, 2,24,5.

(4) Paul, *Idem*, 2,24,6.

(5) D. 25,4. *De insciendo ventre custodiendoque partu*, 1, 10-15 ; 2.

(6) Paul, *Sentences*, 2,24,7.

(7) Paul, *Ibid.*, 2,24,8 à 9 et Ulpien, D. *h. t.* 1.

de part, un rescrit de Marc-Aurèle et Lucius Verrus lui permet d'employer ces moyens (1).

D'une part donc le *tempus lugendi*, de l'autre les mesures prises par le sénatusconsulte *Plancien* et les rescrits de *Lucius Verrus* et *Marc-Aurèle*, sont les moyens d'empêcher la *turbatio sanguinis*.

En cas de veuvage, si la femme néglige d'obéir à ces prescriptions, son enfant est censé non légitime, même s'il est né dans les dix mois qui suivent la dissolution du mariage ; mais il reste à l'enfant le droit de prouver sa filiation légitime. Si, au contraire, les formalités sont accomplies, l'enfant est réputé avoir pour père le mari, au moins provisoirement ; les héritiers ont beau contester l'état de l'enfant, en soutenant que le mari était incapable d'avoir des relations avec sa femme au moment de la conception, l'enfant n'en jouit pas moins de la *bonorum possessio carbonienne*, et la preuve sur le fond est renvoyée à l'époque de sa puberté. Il est vrai que le préteur, qui juge toujours en fait, peut lui refuser dès le début, *cognita causa*, la *bonorum possessio*.

Mais, bien que déjà forte en droit romain, la présomption de paternité attachée au mariage n'atteignit jamais la raideur qu'elle présente dans notre droit civil : les causes de désaveu ne furent jamais limitées restrictivement par la loi. Il est intéressant donc d'insister un peu sur les consé-

(1) Ulpien, *D. h. t.* 1 pr. 9.

quences que le respect des formalités imposées par le plancien eurent à l'égard de la légitimation de l'enfant.

Nous avons vu que la femme devait dénoncer à son mari la grossesse dans un bref délai, *ut ad ventrem inscipiendum observandumque custodes mittat*, explique Paul. Si toutefois elle avait connu tardivement sa grossesse, elle pouvait s'adresser au préteur pour l'autoriser *cognita causa* à accomplir cette formalité. La loi faisait une exception pour l'enfant né dans les trente jours qui suivaient la dissolution du mariage : Ulpien le déclare légitime, même sans aucune dénonciation.

Que faisait alors le mari ? Il avait le choix entre deux partis : faire une contre-dénonciation *quod non sit ex eo prægnans*, ou bien envoyer à sa femme des *custodes* pour surveiller la grossesse et l'accouchement. Si la femme n'avait pas dénoncé sa grossesse, ou si elle refusait les gardiens, *liberum est marito partum non agnoscere* (1); donc la présomption de paternité tombait et était remplacée par une présomption de supposition de part ; il s'ensuivait que le père n'était pas tenu envers l'enfant d'une obligation alimentaire : *ut ita pater alere eum cogatur* ; mais il restait toujours à cet enfant la ressource de rechercher sa maternité et son identité.

Il ne faut donc pas exagérer l'effet du Sénatus-Consulte Plancien *de partu agnoscendo* ; si l'on admet que le père pouvait dénier définitivement sa paternité, il lui eût été

(1) Ulpien, D. 25.3. *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*, 1.6.

trop facile, en répudiant son épouse au moment propice, de détruire la force de la présomption ; mais [on l'a vu, le plancien ne touchait pas le fond du droit, et avait pour unique effet de dispenser le mari de l'obligation d'alere.

Cependant, les vérifications imposées par le plancien tombèrent peu à peu en désuétude ; on les trouvait sans doute un peu trop naturalistes. Si le mari envoyait des gardiens, en effet, *mulieris « omni modo » partum cogitur agnoscere* (1) ; aussi, dans l'usage, fit-il comme s'il avait eu confiance en sa femme, et s'abstint-il de lui adresser les *custodes* : la seule conséquence fut qu'il était obligé de nourrir l'enfant, et pouvait y être contraint par une *persecutio extra ordinem*. C'est à ce sujet qu'Ulpien écrivit cette phrase célèbre : *Publice enim interest partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit* (2).

Une survivance remarquable de ces formalités se trouve dans les coutumes anglo-normandes, importées en 1066 en Grande-Bretagne par Guillaume le Conquérant. Comme en droit romain on observe dans ces coutumes une vérification de la grossesse par « sages femmes à six au moins qui *per tactum ventris* et en tout autres maners dount elles pourroient estre certifiés le quel est enceinte ou non... en tous ceux cas ne voulons mie que les droits heiers soient déshérités par les putages de la femme (3) ». C'est

(1) Paul, *Sent.*, 2,24,5.

(2) Ulpien, D. 25,4. *De inscipiendo ventre custodiendoque partu*, 1,13.

(3) Extrait de Littleton, v. Houard, *Anciennes lois françaises*, t. I.

aussi le délai de grossesse du droit romain qui a survécu ; pour être légitime, il faut que l'enfant naisse « dedans les quarante semaines après la mort de sa baron ».

Mais la décadence de Rome commençant lorsque le fléau des guerres civiles, et le fléau plus grand encore d'une incroyable corruption menacèrent de dépeupler le monde romain, on ordonna les seconds mariages. Telle fut l'économie des lois caducaires.

Toutefois, il était impossible de rendre la femme responsable d'un veuvage forcé pendant le délai de viduité. Aussi *Ulpien* (1) nous dit-il que d'après la loi *Julia*, la femme avait *vocatio* de se remarier un an après la mort de son mari et dix mois seulement après le divorce ; et que d'après la loi *Papia* elle avait deux années dans le premier cas et un an et six mois après le divorce (2).

Quelles que soient les dispositions des lois caducaires qui se réfèrent à notre sujet, elles respectent et maintiennent le délai de viduité.

Nous arrivons à l'époque où le Christianisme va exiger le sacrifice du système païen des lois d'Auguste. Les lois caducaires n'avaient jamais été populaires : non pas précisément parce qu'elles faisaient violence aux sentiments les plus respectables, et à ce qu'il pouvait y avoir de pieux

(1) *Ulpien*, *Regulæ*, 14. *De pœna legis Iuliæ*.

(2) Lorsque l'homme a soixante ans, ou la femme cinquante, il y a pour eux dispense de se remarier. *Ulpien*, *Regulæ*, 16. *De solidi capacitate inter virum et uxorem*.

dans l'opiniâtreté du veuvage, mais surtout parce qu'elles frappaient les Romains dans ce qu'ils avaient alors de plus sensible peut-être, dans leur amour de lucre. Et cependant ces lois détestées, s'étaient maintenues longtemps par une puissante raison politique : parce que le monde romain, dépeuplé déjà par les guerres civiles et les proscriptions, était menacé de se dépeupler plus encore par le mépris du mariage (1). C'est sur ces entrefaites qu'arriva le christianisme. Il n'est certes pas nécessaire de montrer ce qu'étaient les lois caduques vis-à-vis d'une religion pour laquelle le mariage devait être le résultat d'une vocation libre et spontanée ; la régénération du mariage exigeait le renversement de ces lois immorales que les Césars païens avaient considéré comme la base de leur empire : ajoutons que le christianisme a toujours considéré le mariage avec moins de faveur que le célibat, et que l'exemple de Jésus-Christ portait beaucoup de personnes à renoncer, dans un but de mortification, même aux unions légitimes. Aussi le premier empereur chrétien, Constantin, et après lui Honorius et Théodose II (2) s'empressèrent-ils d'abroger les incapacités prévues par ces lois (3). Mais le dernier coup leur a été donné par Justinien (4).

(1) Plaute (*Miles gloriosus*, act. III, Scène I), fait l'éloge du célibat.

(2) C. 8.57 (58). *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitalis et decimariorum sublati*, 1, ; 2.

(3) Girard, *Manuel*, p. 872,7.

(4) C. 7,6. *De latina libertate tollenda et per ceteros modos in civitatem romanam transfusa*, 1. *Institutes*, I, 5. *De libertinis*, 3.

Le christianisme a donc profondément transformé la conception du mariage et de la paternité dans la société romaine, et, à la dissolution de cet empire mondial, son influence a continué à régir les sociétés qui sont sorties de ces ruines. Désormais le mariage est un acte essentiellement religieux : c'est un sacrement ; toute autre union sexuelle est impie et constitue un crime. Mais, il faut remarquer qu'il n'est pas en grande faveur : Saint Jérôme dit que Dieu avait bien permis le mariage au commencement du monde, mais que Jésus et Marie ont consacré la virginité. Et d'après saint Chrysostome (1), sans la première faute, Dieu eut pourvu autrement à la conservation de l'espèce humaine.

Pour les seconds mariages, il semble au premier abord assez difficile de savoir quelle fut la doctrine du christianisme naissant. On trouve sur ce point, dans les Pères, des conseils qui semblent assez contradictoires. Pour les uns, tout second mariage est un adultère : 'Ο γαρ δεύτερος γάμος ἐστὶ μοιχεία ; mais saint Paul les autorisa parfaitement : *Quod si dormierit vir ejus, liberata est : cui vult nubat, tantum in Domino* (2) et saint Augustin proclame la légitimité des secondes, troisièmes, quatrièmes et cinquièmes noces : *Apostolus dicens : si dormierit vir ejus, non dicit primus, vel secundus, vel quartus ; nec nobis definiendum est quod non definit Apostolus ; unde nec ullas debes dam-  
nere nuptias, nec eis verecundiam numerositatis in-*

(1) *De virgin.* t. I, p. 282.

(2) *Saint Paul aux Corinthiens*, cap. 7.

ferre (1). Tout ceci cependant ne paraîtra pas inconciliable, si l'on considère qu'en cette matière la morale chrétienne a toujours distingué le bien du mieux ; elle a pu proposer comme modèle de perfection la fidélité qui se prolonge au delà du tombeau ; mais sachant bien que la perfection n'est pas de ce monde, elle ne l'imposa jamais maladroitement à tous ses fidèles.

En résumé, le christianisme naissant considéra les secondes nocés comme une faiblesse, tout en déclarant exempts de péché ceux qui y convolaient. Il est vrai que que le concile de Néo-Césarée (en 314) soumit à une pénitence publique le veuf ou la veuve qui n'avaient pas le courage de passer le reste de leur vie dans la continence : *Qui venerit in secundas nuptias pœnitentiam unum annum agat eo quod bigamus est ; trigamus vero VII ; si quartam XIV ; si autem quintam, difficile est ut apta pœnitentia inveniatur*, — mais : *Non est quod peccent... sed quod suam incontinentiam manifestent*. — Toutefois, des doutes s'étaient élevés dans quelques esprits rigides, connus sous le nom de *Katharoi* (ou purs), qui regardaient comme excommuniés ceux qui procédaient à de seconds mariages ; mais sous Constantin, le concile de Nicée mit les purs au ban de l'Eglise, comme hérétiques (2).

Il n'est pas moins vrai que la doctrine de l'Eglise, malgré cette sage impartialité des premiers temps, reposait

(1) *De bon vid.*, cap. 11.

(2) Nicée, Canon 8. V. aussi le Canon 10 du concile d'Arles (en 324).

au fond sur une certaine défaveur pour les nouvelles unions. Il semble même que cette défaveur se soit peu à peu accentué davantage, car elle ne tarda pas à se traduire dans la législation des empereurs chrétiens. Ainsi :

Les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose portèrent le délai de viduité à un an (1).

Il est évident que par cela même que ces empereurs l'étendaient, ils en modifiaient le caractère. Ce n'est plus seulement un obstacle à la *sanguinis turbatio* : c'était un devoir de piété et de convenance que la veuve devait observer en l'honneur de son mari défunt.

Ces empereurs confirmèrent la peine de l'infamie infligée à la veuve qui ne gardait pas le *religionem luctus* et édictèrent contre elle de nouvelles pénalités (2).

La femme coupable n'était autorisée à donner ou léguer plus de  $\frac{1}{3}$  de ses biens à son deuxième mari ; — elle perdait les gains de son précédent mariage, c'est-à-dire tout ce qu'elle tenait, à quelque titre que ce fut, de son défunt mari ; elle était incapable d'hériter d'un étranger, et elle était exclue des successions même *ab intestat*, des parents dont elle n'était pas éloignée de plus de trois degrés.

Nous arrivons à la législation de Justinien. La novelle II, chap. III, nous donne un véritable exposé de sa manière de voir quant au convol en secondes noces. Il s'était aperçu, paraît-il, que les obstacles mis aux seconds mariages des femmes ne produisaient pas, au point de vue moral, des ré-

(1) C. 5,9. *De secundis nuptiis*, 2.

(2) C. 5,9. *De secundis nuptiis*, 1.

sultats merveilleux. « Il ne faut pas que les inconvénients pécuniaires d'une maison chaste, quoiqu'elle ne soit pas la première, portent les veuves à des relations illicites, et même à se prostituer avec des esclaves ; que sans doute c'est chose digne de louange pour une veuve que de conserver inviolé le lit de son mari défunt, et que la femme dans ces conditions mérite presque autant d'estime que celle qui est restée vierge, mais qu'en définitive, comme c'est là un sacrifice auquel ne peut toujours se plier la chaleur de la jeunesse et des sens, cette femme ne doit pas pour cela être mise en dehors du droit commun » (1).

Il semble que la législation des empereurs chrétiens, à la différence des lois d'Auguste qui régissaient les seconds mariages, y mettaient trop d'obstacles, d'où les unions illégitimes. Quoi qu'il en soit le délai de viduité fut maintenu par Justinien, et il était toujours d'un an. En outre, les peines prononcées contre la femme qui le violait atteignaient la femme qui, bien que non remariée, accouchait dans le même délai, pourvu, toutefois, que l'enfant ne put être attribué au mari défunt (par exemple si elle avait accouché dans le onzième mois), car : *non lucrari valere mulierem per virum quem sic velociter deshonoravit* (2).

Il ne nous reste plus pour terminer cet exposé, qu'à dire quelques mots du cas de divorce. Nous savons qu'en pareille occurrence un nouveau mariage était immédiatement

(1) *Novelle*, II, ch. III, 40.

(2) *Novelle*, XXXIX, ch. II, 5.

possible, même pour la femme, et que des précautions spéciales contre la *turbatio sanguinis* remplaçaient les délais de viduité qui lui étaient imposées après la mort de son mari.

Mais sous les empereurs chrétiens (1), de nouvelles dispositions furent introduites.

Si le divorce a eu lieu par consentement mutuel (*divortium comuni consensu*), c'est-à-dire par le simple accord de volontés, sans intervention d'aucune autorité civile ou religieuse (2); la femme ne peut se remarier qu'après un an (3). Justinien défendit absolument cette sorte de divorce (4). Mais son successeur le rétablit (5).

Les empereurs chrétiens (6) distinguent (7) selon que le divorce a eu lieu :

1<sup>o</sup> Sans cause (*repudium sine ulla causa*) si c'est la femme qui a divorcé, elle est déportée ; si c'est le mari, défense lui est faite de se remarier ;

(1) C'est seulement le droit chrétien qui a imposé à la femme le délai de viduité pour le cas de divorce. V. Girard, *Manuel*, p. 162,2, et C. 5,9. *De secundis nuptiis*, 2.

(2) Girard, *Manuel*, p. 160,7.

(3) C. 17. *De repudiis et judicio de moribus sublato*.

(4) *Novelle*, CXVII, ch. x.

(5) *Novelle*, CXL de Justin II. Les mœurs étaient plus fortes que les lois !

(6) Il faut observer que le droit chrétien a déterminé plus étroitement le cas de répudiation légitime que le droit antérieur, il a frappé des peines parfois très grandes les répudiations injustifiées, mais, même dans son dernier état, il n'a pas supprimé le droit de répudiation. V. Girard, *Manuel*, p. 161,6.

(7) *Code Théod.* 3,16. *De repud.* 1,2.

2<sup>o</sup> Sur cause légère (*repudium ex justa causa*) si c'est la femme, défense de se remarier, si c'est l'homme, il doit attendre deux ans ;

3<sup>o</sup> Sur cause légitime (*divortium bona gratia*) si c'est la femme qui a divorcé, elle attendra cinq ans pour se remarier d'après le Code Théodosien, puis un an seulement d'après le Code de Justinien ; si c'est l'homme, il peut immédiatement se remarier.

Il ne faut pas nous étonner de ces dispositions législatives, dues surtout à l'influence du christianisme. Le christianisme s'efforçait de mettre absolument obstacle au second mariage des époux divorcés : *Et moi je vous dis : quiconque aura épousé celle que son mari aura renvoyée, commet un adultère* (Sermon sur la montagne). Il y avait, à vrai dire, quelque obscurité sur ce point dans les premiers temps de la doctrine chrétienne, et c'est en constatant cette obscurité que saint Augustin déclare que le mari qui, ayant répudié son épouse, se remarie, ne commet qu'un péché véniel (*De fide in operibus*, ch. XIX).

Quoi qu'il en soit, nous concluons que ces dispositions sont des privations à la vie conjugale, une sorte de peine pour le péché commis par ceux qui rompent le lien indissoluble du mariage, et non pas un délai imposé à la femme pour parer à la *confusio seminis* ; sauf bien entendu la disposition du Code Justinien pour le cas de divorce *bona gratia*.

## LA LÉGISLATION COUTUMIÈRE

Les invasions barbares, n'ont pas arrêté l'évolution commencée sous l'influence chrétienne; il s'est produit à cette époque un brusque changement, et même un bouleversement, dans l'histoire économique et politique, l'histoire du droit n'en a été que légèrement touchée; selon une loi célèbre de sociologie, ce sont les sociétés les plus civilisées qui imposent leurs mœurs aux sociétés moins avancées, c'est-à-dire en l'espèce les vaincus aux vainqueurs, les Romains aux Barbares.

Sans doute, l'infiltration des coutumes barbares a dû altérer quelque peu les règles romaines, mais en somme, pendant tout le Moyen Age et jusqu'à la Révolution, c'est sur les mêmes conceptions religieuses que s'établissent et le mariage, et la condition des enfants, car toutes les législations se fondent et s'amalgament sous la puissance du droit canonique, qui pendant tout le Moyen Age régit la matière.

Les peuples, d'ailleurs, qui entouraient l'empire, n'étaient des barbares que relativement aux Romains : ils étaient déjà à une étape avancée de l'évolution sociale, puisqu'ils connaissaient le mariage et le patriarcat. Les Celtes no-

tamment étaient monogames ; on l'a quelquefois contesté, soutenant qu'ils vivaient sous le régime de la communauté des femmes, d'après un texte de César (1) : *Sed si qui sunt ex his nati eorum habentur liberi quo primum virgo quaeque deducta est* ; mais nous trouvons d'autre part dans César le mot *uxor* fréquemment employé, et des passages très nets d'où il résulte qu'exceptionnellement les chefs étaient polygames. Chez les Gallois, la présomption de paternité existait aussi forte qu'à Rome : le père ne peut désavouer son enfant qu'en jurant sur l'autel, et, après la mort du père, les parents, *caput gentis*, ne peuvent contester la légitimité qu'avec l'assistance de six *cojuratores* ou de quarante hommes de la tribu ; et encore l'épouse noble peut-elle détruire ce serment avec l'aide de sept femmes nobles. Chez les Germains, les chefs sont souvent monogames *non libidine*, dit Tacite, *sed ob nobilitatem* (2) ; d'après les coutumes barbares, on peut conclure aisément qu'ils distinguaient la paternité légitime de la paternité naturelle : *Filii qui ex ea (legitima uxore) nati fuerint heredes patris efficiantur* (3). Le *mundium* germanique cependant n'égalait jamais la *manus* romaine, et il semble qu'à l'époque des invasions l'oncle paternel ait eu sur le père un certain pouvoir de contrôle ; il pouvait notamment l'empêcher d'exposer ses enfants nouveau-nés.

(1) César, *Comment.*, V, § 14.

(2) Tacite. *Germ.*, chap. XVIII.

(3) Loi des Lombards.

Au milieu du désordre causé par les invasions, l'Eglise maintint sa puissance et imposa à toute la législation romaine, comme en témoigne Guillaume Durand dans son *speculum juris* ; puis, sous prétexte que le mariage est un sacrement, elle se mit à légiférer sur toutes les questions de filiation et de succession, et empiéta constamment sur le pouvoir séculier. Désormais le Code de la filiation est contenu dans les décrétales, qui forment le *Corpus juris canonici*.

Granville (1) et Beaumanoir (2) témoignent en maints passages de cet empiètement du droit canonique ; dans les *Coutumes de Beauvoisis*, on lit : « Si mariage qui est tenu por bons par le temongnage de Sainte Eglise ne post estre debatus, ne li enfant qui en naissent tenu por bastars » ; Beaumanoir dénonce l'empiètement du droit canonique sur les questions pécuniaires accessoires à la filiation « parce que tix debas dépend de l'iretage convient-il à la fois que juge seculers s'entremete de connaistre la bâtardie qui est proposée par devant li » ; il déclare encore qu'on n'aime pas l'official : « quand li plet son gros et périlleux, alors il convient bien qu'il soit tesmongnié autrement que par le tesmongnage d'un official tant seulement. » Philippe le Bel, dans une ordonnance de 1299, décrète ainsi le *privilegium fori* : *Concedimus praeteræ ut nullius secularis iudex clericos et personas ecclesiasticas coram se super per-*

(1) Glanville, VII, XIII et suiv.

(2) Beaumanoir, chap. XI, n° 24.

*sonalibus actionibus respondere compellat*. Il est donc certain que jusqu'au xv<sup>e</sup> siècle, les questions de filiation étaient de la compétence ecclésiastique : « On tient, écrit Bacquet (1), *que causa natalium* qui est de filiation et légitimation se doit premièrement traiter par devant juge d'Église. »

Le droit canonique abhorre tellement les enfants criminels nés hors mariage qu'il veut les faire disparaître à tous prix, et cherche tous les expédients pour augmenter le nombre des enfants légitimes ; c'est ainsi qu'on voit reparaître la présomption de paternité attachée autrefois au concubinage : *Atque idem*, dit Covarruvias, *erit in filio nato ex concubino doma retenta*. La présomption de la paternité s'étend même à celui chez qui la mère accouche : d'où Baldus tire cette conclusion que lorsque la présomption légale s'applique à deux maris, c'est celui chez qui la femme accouche qui est réputé le père. Guillaume Durand affirme qu'en cas de grossesse pendant le veuvage ou après le divorce, on applique les formalités romaines contenues dans le titre *de inscipiendo ventre*.

Avec cette idée arrêtée du droit canonique qu'il faut à tout prix, dans l'intérêt de la société, que l'enfant soit légitime, on comprend que les délais de la gestation soient restés assez vagues et complaisants. En principe, c'est toujours la durée du droit romain, mais le droit chrétien

(1) Bacquet, *Traité sur le droit de bastardise* (de Ferrière, Lyon, 1844).

l'accommode aux circonstances : ainsi, quand les douleurs de la mère ont été longues, on admet qu'elles ont pu prolonger la gestation au delà des limites normales. En Beauvoisis cependant, la durée de la grossesse semble être restée rigoureusement limitée : l'enfant né moins de sept mois après le mariage est réputé illégitime, à moins qu'on puisse prouver qu'il est né des œuvres du mari ; en sens inverse, l'enfant né plus de trente-neuf semaines après sa dissolution est réputé bâtard : « tant que trente-neuf semaines et un jors sont passés, puis la mort du mari, sont bastard. » Mais cette coutume est une exception, car Domat, dans ses *Lois civiles*, déclare expressément « qu'il ne paraît pas possible de marquer les bornes précises de ce que la nature peut ou ne peut pas (1) ».

Ces questions étant laissées à l'arbitraire du juge, il s'en suit qu'en règle générale, on déclare l'enfant légitime dès qu'il ne semble pas impossible qu'il le soit ; ainsi Merlin cite des arrêts qui déclarent légitime l'enfant né le cinquième mois du mariage. D'ailleurs, on peut remarquer que toujours cette paternité antinuptiale fut admise avec une facilité extrême ; d'Aguesseau l'explique ainsi : si deux personnes, étant en relations intimes, se remarient et quelques mois après ont un enfant, la preuve de la paternité est singulièrement facilitée, parce que le mariage en est un indice sérieux ; aussi peut-on dire que le mariage subséquent crée une présomption analogue à celle *pater is est...* On

(1) Domat, *Lois civiles*, part. II, liv. II, tit. I.

alla plus loin, et on ne permit au père de désavouer l'enfant né dans les premiers mois du mariage que s'il en indiquait et prouvait le père véritable ; on peut citer en ce sens un arrêt du parlement de Rouen, du 24 janvier 1682, rapporté par Basagne.

Quant au délai maximum, on allonge tant qu'on peut, toujours suivant les mêmes principes. En 1766, le Dr Petit, de la Faculté de Paris, cite des grossesses ayant duré quatorze mois ; Pasquier, le célèbre avocat, parle d'une « grossesse prodigieuse (vingt-huit ans) advenue de nostre temps en la ville de Sens, ce dont je me doute, mais d'en pouvoir rendre la raison comment et pourquoy, c'est en quoy je ne me puis satisfaire ». En général, les parlements font de la paternité une question de fait, qu'ils tranchent selon les circonstances : si la mère est de mœurs sévères, ils allongent le délai normal, sinon, ils l'abrègent ; c'est par ce moyen qu'on peut concilier des arrêts souvent contradictoires : ainsi, le parlement de Flandre, en 1693, déclarait légitime un enfant né onze mois après la mort du mari ; tandis que le parlement de Paris, le 22 août 1626, déclarait illégitime un enfant né à peine onze mois après la dissolution du mariage, et le parlement de Rouen, dans un arrêt rapporté par Basagne, déclarait illégitime l'enfant né dix mois et quatre jours après la mort du mari. Cependant, en règle générale, la jurisprudence admettait les longues grossesses : un arrêt du parlement de Rouen du 8 juillet 1695, reconnaît la légitimité d'un enfant né quinze mois après la mort du mari ; Merlin explique les

circonstances qui justifient cette décision : peu de temps après son veuvage, la veuve présenta un certificat médical déclarant qu'elle était enceinte ; l'enfant n'arrivant pas, elle subit une deuxième visite médicale, et les médecins constatèrent non seulement qu'elle était enceinte, mais que l'enfant avait beaucoup augmenté depuis leur premier procès-verbal. Boniface rapporte un cas bien plus extraordinaire : au parlement de Provence, un avocat cita une grossesse ayant duré vingt-trois mois ; il est vrai que l'enfant était né « avec la barbe et les dents » (1).

Toujours avec ce principe du droit canonique, qu'il faut à tout prix que l'enfant soit légitime, l'observation du délai imposé par la loi romaine pour empêcher la confusion de part, n'était plus possible.

Nous avons dit plus haut que le christianisme, dans les premiers temps, distingua sagement le principe du conseil, et ne considéra pas les seconds mariages comme devant être prohibés, mais seulement comme une faiblesse à éviter (2). Il est vrai qu'il soumit à des pénitences publiques ceux qui se remariaient, mais le droit canonique

(1) Glose de *Panormitanus*.

(2) La *Novelle*, 22, 42, de *Justinien*, frappe de l'incapacité de parvenir à certaines dignités sacerdotales ceux qui avaient contracté un second mariage, par la raison qu'ils ont prouvé qu'ils préféraient la tendresse d'une femme à la satisfaction de leur ambition. — V. aussi la *Novelle de Léon* (Const. 90, *ut qui tertium*).

avait même dispensé de l'infamie la femme qui se remariait dans l'an de deuil (1).

Dans les pays du droit écrit, les tribunaux avaient pris pour règles les compilations de Justinien. Les peines contre les veuves qui se remariaient dans l'an de deuil étaient rigoureusement observées (2).

A cette époque les seconds mariages étaient vus d'un mauvais œil. Il semble qu'aux yeux des canonistes les seconds mariages aient constitué une sorte d'atteinte au principe de la monogamie et une sorte d'infidélité à la mémoire du défunt. A la vérité, lorsqu'il s'agissait d'un mari convolant en secondes noces, il encourait de ce chef une déchéance canonique l'*irregularitas bigamiæ* (deux mariages successifs et non simultanés) par l'opposition à la *bigamia verba*. Lorsqu'un homme, non encore marié, avait épousé une veuve on disait que c'était une *bigamia interpretativa*, il fallait cependant que le premier mariage de la veuve ait été consommé.

La bigamie résultant de deux mariages successifs ou d'un mariage avec une veuve (ou veuf) produisait deux effets : Lorsqu'il s'agissait d'un laïque non encore marié qui épousait une veuve, cette bigamie empêchait d'entrer dans les Ordres (Décret de Gratien, première partie, distinction, 33, 36). Si, au lieu d'un laïque, il s'agissait d'un clerc mineur, ce dernier perdait de façon irrémédiable tous les privilèges du clerc (Canon 16, concile de Lyon 1273.

(1) Compr. Merlin, *Répert. V. Sec. Noces*.

(2) Dupin, *Sec. noces*, p. 20.

Sextus, liv. I, tit. 12). Beaumanoir confirme la décision du concile de Lyon. — Le seul moyen pour le clerc mineur d'éviter cette déchéance due à la bigamie était de contracter *cum unica et virgine*.

En outre, la bénédiction nuptiale était refusée aux secondes noces de la veuve et le 3<sup>e</sup> Concile de Latran prononça même contre le prêtre qui donnerait la bénédiction dans ce cas la privation de son bénéfice. Ceci par défaveur pour les secondes noces et aussi parce que la bénédiction donnée une première fois ne pouvait être réitérée. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle c'est le seul motif que nous trouvions dans les textes (Urbain II, notre titre chap. III).

Mais on la donnait aux bigames dont le premier mariage n'avait pas été béni, c'est-à-dire clandestin. Dans certaines églises on bénissait indistinctement tous les mariages et dans certaines autres on ne prenait en considération que le cas de la femme se remariant et on lui refusait alors la bénédiction. Si c'est le mari qui se remariait on la lui donnait, mais ces usages étaient manifestement contraires à la décrétale d'Urbain III, et à cette idée d'égalité qui était l'esprit du droit canon.

« Bretonier, dit Dupin (1), prétend que les peines de l'an de deuil étaient anciennement observées dans toute la France, ainsi qu'il est justifié par plusieurs exemples tirés de l'Histoire de France, et par les dispenses que nos rois accordaient quelquefois pour de bonnes raisons à nos

(1) Dupin, *Sec. noces*, p. 20.

veuves, de se remarier dans l'année de deuil (*temps de plor*) et dans le Trésor de chartes il y a des lettres de dispense accordées par Philippe le Long, l'an 1317. — Cependant presque tous les auteurs Français conviennent que ces peines ne sont pas observées dans la France coutumière (1) ».

Il ne faut pas oublier avec quelle facilité on contractait au Moyen Age les mariages clandestins, il eut été bien difficile de faire observer ces délais. La femme en principe était placée avec l'homme sur un pied de parfaite égalité.

Effectivement nous avons vu plus haut que le droit canonique avait repoussé les peines de l'an de deuil (2) et Dumoulin sur l'ancienne coutume de Paris, assure qu'on s'est relâché en France de la sévérité relative à l'application des peines introduites par les lois romaines contre les femmes qui, avant l'expiration de l'année de deuil, se

(1) Bretonnier trouve surprenant de voir le Parlement de Paris étendre la peine des secondes noces contre les veuves et garder le silence à l'égard des femmes qui se remarient dans l'an de deuil. *O castæ leges* !

(2) Lorsque se produisit la *Renaissance du droit romain* certains auteurs essayèrent de rétablir le délai de viduité, mais ils furent arrêtés dans leur tentative par une *décétale* d'*Innocent III et Urbain III* (*R. Grég.* 9, Liv. IV, Tit. XXI, ch. iv, v). — Ces deux papes déclarent que la femme qui se remarie de suite n'encourt pas l'infamie édictée par la loi romaine. Ils s'appuient sur la parole de *Saint-Paul* qui enseigne que la femme est libre dès la mort de son mari de convoler en secondes noces. *Justice et Plet* commenta ainsi : Si la femme se remarie pendant le temps des pleurs, elle n'est pas mal renommée.

livrent à un nouvel époux : « *nam pœnæ festinationis matrimonii sunt sublatae* ; » mais ces peines ont conservé toute leur vigueur contre celles qui, pendant ce délai mènent une vie déréglée (1). De même Laurière rapporte que dès les rois de la première et de la seconde race, bien que l'Eglise gallicane se réglât d'après le *Code Théodosien*, on n'y suivait point la loi *I Code Théodosien, de sec. nuptiis* laquelle frappait d'infamie la veuve remariée avant l'an de deuil (2).

Ainsi, les délais de viduité n'étaient pas observés dans la France coutumière. Faut-il en chercher la raison dans les dispositions du droit canonique, fondé sur l'autorisation donnée par saint Paul et saint Augustin aux femmes de se remarier après la mort de leurs maris, en sorte que les lois canoniques n'osaient mettre aucun obstacle, même temporaire, à l'exercice d'une faculté qui était expressément conférée aux veuves par les pères de l'Eglise (3) ? Ou bien faut-il plutôt en croire Pothier, qui objecte que c'est là un fort mauvais raisonnement, et que saint Paul, en permettant aux veuves de se remarier après la mort de leur mari, n'entendait le leur permettre qu'en se conformant à cet égard aux lois de la puissance séculière, et, dans l'espèce, aux lois romaines, lesquels exigeaient un délai de viduité ; d'où Pothier conclut que ce ne sont pas les mauvaises raisons données par les papes dans leurs décrétales, qui ont

(1) § 30, n° 143.

(2) Laurière, *Notes sur les Inst. de Loyset*, L. I, t. III, règle 40.

(3) Ce que n'eussent osé faire non plus les lois civiles.

fait admettre dans la France contumière que la femme peut se remarier sans délai ; mais que c'est : « parce que nous avons pensé qu'il était assez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour se remarier ; et qu'au contraire, il y avait très souvent des cas auxquels une veuve ne pouvait attendre un aussi long temps sans se causer un grand préjudice ; par exemple, lorsqu'une veuve se trouve à la mort de son mari, *chargée d'un gros labour ou d'un gros commerce*, qu'elle ne peut soutenir sans le secours d'un second mari ».

Quoi qu'il en soit de ces raisons, nous remarquerons que les lois romaines sur l'an de deuil n'étaient pas tellement négligées que, si une veuve, se remariant trop rapidement, donnait lieu à des soupçons et à des reproches graves, (par exemple si elle venait à accoucher après son deuxième mariage, et avant le neuvième mois depuis le décès de son premier mari), elle ne pût encore être privée de ses avantages nuptiaux.

Ainsi le parlement de Paris, quoi qu'il ne fût pas dans l'usage d'infliger cette peine à la veuve trop pressée de se remarier (1), priva de son douaire un de ses avantages nuptiaux, par un arrêt du 10 juin 1664, que rapporte Ferrière, une veuve qui, s'étant remariée trois jours après le décès de son premier mari mort subitement, accoucha huit mois et 25 jours après son mariage. Le parlement de Rouen jugeait dans le même esprit. Un arrêt de Rouen du

(1) V. Merlin, *Répert. V. Deuil*, p. 32.

16 mars 1649 priva du legs que lui avait fait son défunt mari, une femme qui s'était remariée vingt-cinq jours après la mort de son mari. Cette décision était basée sur l'insuffisance du temps laissé entre la mort du mari et le deuxième mariage.

Ce qui est fort remarquable, c'est que, comme vient de nous dire Dumoulin, tandis que, en principe du moins, n'est pas frappée de la perte de ses avantages nuptiaux la veuve qui convole dans l'an de deuil, au contraire, lorsque dans ce temps elle se comporte scandaleusement, lorsqu'elle se débauche, ou lorsqu'elle vit de manière à donner lieu d'être soupçonnée, l'héritier du mari est recevable à alléguer son impudicité, pour la faire priver du douaire et des autres avantages qu'elle a reçus de lui (1).

La coutume de Clermont en Argonne décide que : *la douairière, pendant sa viduité, ayant abusé de son corps, perd son douaire, qui, de ce seul fait, est réuni à la propriété*; de même des coutumes de Gorze (tit. VI, art. 25) et de Saint Mihiel (tit. VII, art. 9). Ces coutumes ne faisaient même aucune distinction, et frappaient de la perte

(1) Comp. *Novelle*, 39, ch. II. — (Arrêt du Parlement de Grenoble du 9 août 1630). — Les propres enfants de la veuve peuvent lui objecter son libertinage (Arrêt du Parlement de Provence du 3 février 1674). — Il est facile de comprendre pourquoi, tout en se relâchant quant aux peines prononcées pour violation de l'année de deuil par un nouveau mariage, on est demeuré inflexible contre la veuve qui se livre dans le même temps au libertinage : dans ce dernier cas, l'injure faite à la mémoire du mari est bien plus grave, et ne peut avoir aucune excuse.

du douaire le libertinage de la veuve, même postérieur à l'expiration de l'an de deuil. Renusson et Coquille pensent que tel est le droit qui doit être appliqué dans les coutumes qui n'ont point, là-dessus, d'autre règle que le droit commun.

Au surplus, quoique, comme nous l'avons dit, le Parlement de Paris ne fût pas dans l'usage de priver de leur douaire, et autres avantages nuptiaux, les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil, toutefois, en pareil cas, la veuve perdait ses habits de deuil, lesquels, en effet, ne lui étaient accordés qu'à la charge de porter réellement le deuil pendant un an (jugé au Châtelet en 1680 et le 4 février 1698); si donc elle les avait reçus, elle devait en rembourser la valeur.

Voici pour les parlements de Paris et de Rouen; mais ceux de Dijon et de Grenoble étaient plus sévères pour la femme qui se mariait prématurément.

Le 12 août 1628, le parlement de Dijon rendit un *arrêt de règlement* dans lequel il fut décidé qu'à l'avenir les femmes qui n'observeraient pas l'année de viduité seraient privées des libéralités provenant de leurs maris (1). Un autre arrêt du 5 janvier 1673 porte que la veuve perd son douaire de plein droit, en se remariant dans l'année de deuil.

Le 8 février 1618, le parlement de Grenoble rendit sur le même point un *arrêt de règlement* portant que les

(1) Taisand sur l'art. 2 du tit IX de la coutume de Bourgogne.

veuves en question seraient sujettes à toutes les peines du droit civil, excepté celle de l'infamie. Un arrêt du même parlement prive de ses avantages matrimoniaux et de la succession de son fils du premier lit, une veuve prématurément remariée, et cela quoiqu'elle fût âgée de 52 ans, de telle sorte que la *turbatio sanguinis* était peu à craindre.

On voit par conséquent, que la jurisprudence du parlement de Dijon était moins rigoureuse que celle du parlement de Grenoble, en ce qu'elle bornait la peine des secondes noces dans l'an de deuil à la privation, pour la femme de ses gains nuptiaux, tandis que le parlement de Grenoble frappait cette veuve de toutes les peines du droit romain, sauf l'infamie.

Au surplus, d'une manière générale, on observait sur ce point le droit romain dans les pays de droit écrit (1); mais comment y justifiait-on cette viduité d'un an qu'on imposait à la femme? Voici ce que nous dit Dupin : « Une femme qui est dans un âge avancé, et hors d'état de porter des enfants, est encore moins excusable, et c'est en vain qu'elle vaudrait alléguer en sa faveur qu'il n'y a pas lieu d'appréhender la confusion et mélange de sang; *ce n'est pas uniquement pour cette crainte que les secondes noces sont réprouvées dans l'an de deuil, mais encore pour l'honneur que la veuve doit à la mémoire de son mari*; et, au contraire, ces femmes qui se remarient dans un âge avancé paraissent encore plus punissables, puisque leur unique motif est : *explendæ libidinis non liberorum pro-*

(1) V. P. Dupin, *Sec. nocēs*, qui cite des arrêts en ce sens p. 20.

*creandorum causa*. Et encore : « La femme *quoiqu'accouchée dans les neuf mois de la mort de son mari*, doit attendre que l'année soit finie, *pour l'honnêteté publique*.

En Alsace on appliquait sur l'an de deuil le droit romain tel quel, sauf cependant la peine de l'infamie. C'est ce qui résulte d'un arrêt du conseil souverain de Colmar, en date du 20 août 1739 ; cet arrêt, rendu à la suite d'une délibération que les officiers du conseil prirent dans l'intérieur de leur compagnie, fut sanctionné par une déclaration royale du 12 octobre 1743 portant que les lois 1 et 2 C. de sec. nupt. (1), continuaient d'être observées dans ce ressort, à l'exception seulement de la peine de l'infamie.

La ville de Strasbourg avait sur ce point un statut particulier. Aucun veuf dans les six mois, aucune veuve dans les dix mois du décès de l'autre époux, ne pouvait contracter de fiançailles : spécialement les veuves enceintes ne pouvaient convoler qu'après les six semaines de leurs couches, et les dix mois entièrement expirés ; le tout sous des peines arbitraires. — Le magistrat de Strasbourg avait le loisir, du reste, de déroger à ce statut en faisant savoir que la déclaration de 1743 n'y portait aucune atteinte.

Nous venons de passer rapidement en revue la législation ancienne relative au délai de viduité ; nous avons vu que les transformations des dispositions législatives portent la marque des mœurs et des croyances qu'on avait sur la filiation, sur le mariage, et spécialement sur les seconds mariages.

(1) P. Dupin, *Sec. noces*, p. 62 et 58.

## LE DROIT CIVIL

Pour qu'un époux puisse contracter un nouveau mariage, il doit administrer la preuve de la dissolution du précédent (1).

L'homme veuf ou divorcé peut se remarier quand bon lui semble, aucune prohibition n'est prononcée par la loi contre lui (2).

Mais à l'égard de la femme il y a un empêchement à un nouveau mariage après la dissolution d'un premier, et cet empêchement subsiste pendant dix mois.

Art. 228. — « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. »

(1) En fait cette épreuve se réduit à la remise de l'acte de décès du premier conjoint, avec les autres pièces présentées à l'officier de l'état civil, par le conjoint qui se remarie. V. Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Ed. 5, 1908, vol I, 833:7 ; v° aussi F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Ed. 3, 1878, vol. II, 360 ; C. Demolombe, *Cours de code civil*, Paris, 1847, vol. III, 94, 95 ; et l'article 146, c. civ. français.

(2) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1129 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, II, 363 ; Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, Tome II, n° 284 (Ed. 1892).

Ar. 296. — « (l. 13 juillet 1907). La femme divorcée pourra se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toutefois il s'est écoulé trois cents jours après le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause.

Ce délai du reste, est prescrit d'une manière générale, c'est-à-dire quels que soient les faits qui ont produit la dissolution de la précédente union. A la vérité, l'article 228 du Code civil a été écrit pour la femme veuve, l'article 296 pour la femme divorcée. La majorité des auteurs (1) admettent par analogie, que le même délai devrait être observé à la suite de l'annulation d'un mariage putatif, qui est assimilable à un mariage dissous par le divorce ou par la mort.

Nous allons donc étudier cet empêchement au remariage imposé pendant dix mois à la femme :

I. — Dans le cas, le plus habituel, de veuvage de la femme après la *mort* de son mari.

II. — Dans le cas de *divorce*.

III. — Dans le cas d'*annulation du mariage*.

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1127. C. Demolombe, *Cours de code civil*, III, 124.

## CHAPITRE PREMIER

### LE DÉLAI DE VIDUITÉ APRÈS LA MORT DU CONJOINT

Comme nous l'avons dit plus haut, après la dissolution du mariage causée par la mort du mari, la femme ne peut convoler en secondes noccs qu'après un délai de dix mois (art. 228, Code civ.).

Ce délai, dans la pensée des rédacteurs du Code, devait correspondre exactement au délai de 300 jours, qui est la durée maxima des plus longues grossesses possibles (art. 315) car, au moment où le Code civil a été rédigé le calendrier républicain était en vigueur, et les mois de ce calendrier étaient tous uniformément de 30 jours. Le Sénatus-Consulte du 22 fructidor an XII a remis en vigueur le calendrier grégorien à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1806 (11 nivôse an XIV), et ce changement de calendrier a eu pour effet d'allonger forcément de quelques jours le délai ainsi fixé : dix mois contiendront 303 à 305 jours d'après le calendrier grégorien, suivant que février y sera ou non compris.

Mais les rédacteurs de la loi se sont trompés : le calendrier républicain était composé de 12 mois divisés en 3 décades de 10 jours chacune, mais *on ajoutait, en général, 5 jours et tous les quatre ans 6 jours complémentaires* à ces 12 mois, ce qui revient à dire que, si les jours complémentaires étaient comptés dans les 10 mois de viuité, le délai était tantôt de 305, tantôt de 306 jours, et non pas toujours de 300, ainsi que les rédacteurs du Code l'ont peut-être pensé.

Les auteurs modernes (1), par faveur pour les mariages qui ont commencé à diminuer, veulent qu'on réduise le supplément d'attente (3 ou 5 jours au plus pour l'accomplissement des dix mois), en disant que « le délai légal, qui était de 300 jours en 1803, n'a pu être modifié par la disposition d'ordre administratif qui a rétabli l'ancien calendrier. Il faut continuer à appliquer les art. 228 à 296 avec leur valeur ancienne. Or, dans la pensée de leurs rédacteurs dix mois, c'étaient 300 jours et non plus ». Nous venons de voir qu'est-ce qu'étaient en réalité ces dix mois (2).

Ce délai de dix mois commence à courir *...depuis la dissolution du mariage précédent* (art. 228, Code civ.) c'est-à-dire dans notre hypothèse après la mort du mari (art. 227, n° 1. Code. civ.).

Nous avons vu les dénominations autrefois données à ce

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. I, 4126.

(2) Depuis la loi du 13 juillet 1907 la question ne peut plus se poser pour l'article 296, qui dans sa nouvelle rédaction prévoit le délai de 300 jours et non pas dix mois comme les anciens textes du 27 juillet 1884 et 31 mars 1803.

délai dont la femme doit attendre l'expiration pour convoler en secondes noces : *tempus lugendi, temps de plor*, etc. Le droit moderne a adopté celui de *délai de viduité* qui n'est pas tout à fait exact dans tous les cas. Cette dénomination est due à ce fait que depuis 1816 à 1884 le divorce n'existait pas en France, et comme le délai ne s'appliquait que dans le cas de dissolution du mariage par la mort du mari (art. 228 Code civ.) l'expression *délai de viduité* est seule restée dans la pratique.

Après le rétablissement du divorce (27 juillet 1884) cette expression était tellement habituelle et expressive, qu'elle a été employée pour désigner tout délai imposé à la femme avant de pouvoir se remarier, soit que ce délai soit rendu nécessaire à la suite d'un divorce (art. 296 Code civ.) soit à la suite d'un mariage nul ou annulé, soit, dans son sens exact, à la suite de la dissolution du mariage par la mort du mari (art. 228 Code civ.).

*Sur quel motif repose cette défense (1)?*

Nous avons vu qu'en droit romain il semblait bien apparaître (2) que le prêteur, en autorisant la veuve à se remarier si elle venait à accoucher dans les dix mois de viduité, avait eu pour but d'éviter la *turbatio sanguinis* ; que la loi Julia, donnant à la femme une *vocatio* d'un an après la mort de son mari,

(1) Pour éviter les répétitions nous serons obligés d'étudier ici aussi les dispositions de la loi pour le cas de divorce (art. 296, c. civ.).

(2) Ulpien, D. 3.2, *De his qui notantur infamia*, 11.1.2.

et de six mois après le divorce (1) paraissait bien de son côté avoir considéré un laps de six mois comme suffisant pour éviter la *seminis confusio*, sauf à donner à la veuve, par une raison de convenance, un délai plus long, lorsque c'était par la mort de son mari que le mariage avait été dissous ; qu'enfin, les empereurs chrétiens avaient porté les délais de viduité de dix mois à douze, et cela évidemment dans un but de convenance (2). Nous avons vu enfin, que le droit canonique n'exigeait pas l'observation de ces délais, et qu'il en était, en général, de même dans la France coutumière ; mais qu'il en était autrement dans les pays de droit écrit et qu'on y justifiait ce délai d'un an, non seulement par la crainte de la confusion de part, mais encore par le respect que la veuve doit à la mémoire de son mari.

On ne saurait, sans réunir ces deux raisons, justifier complètement les art. 228 et 296 du Code civil :

I. Le premier motif du délai de viduité qui l'impose à la femme, est qu'il était très essentiel de prévenir la *confusion de part* (3) : *turbationem sanguinis... generationis aut seminis incertitudinem.* '

La loi, en effet, dans les articles 312 et 315, suppose que la grossesse de la femme durera cent quatre-vingt jours au moins et trois cents jours au plus ; or, si la veuve eut pu se remarier immédiatement après la dissolution de son

(1) C. 5.9, *De secundis nuptiis*, 2.

(2) Ulpien; *Regulæ*, 16.1.

(3) F. Laurent, *Principes de droit civil français*, II, 363 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, III, 122.1.

premier mariage, il eut été fort difficile d'attribuer au second plutôt qu'au premier mari, au premier plutôt qu'au second, la paternité de l'enfant né après les six mois du second mariage de sa mère, mais avant l'expiration des dix mois de son veuvage. Cette incertitude eût été éminemment scandaleuse et déplorable.

Aussi dans l'exposé des motifs du projet présenté devant le corps législatif par Portalis nous voyons bien ressortir cette idée (1) :

« Après un premier mariage dissous, on peut en contracter un second. Cette liberté complète est donnée au mari qui a perdu sa femme, comme à la femme qui a perdu son mari. Mais les bonnes mœurs et l'honnêteté publique ne permettent pas que la femme puisse convoler en secondes noces avant que l'on se soit assuré, par un délai suffisant, que le premier mariage demeurera sans aucune suite pour elle, et que sa situation ne saurait plus gêner les actes de sa volonté. Ce délai était autrefois d'un an : on l'appelait *l'an de deuil*. Nous avons cru que dix mois suffisaient pour nous rassurer contre une présomption capable d'alarmer la décence et l'honnêteté. »

Et Bouteville dans le discours prononcé devant le corps législatif dit (2) :

« La disposition unique du huitième et dernier chapitre qui borne à dix mois ce que nos anciens usages appelaient l'année de deuil, vous paraîtra fixer un délai suffisant pour

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, vol. IX, p. 181.

(2) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, vol. IX, p. 212.

éviter tous les doutes sur la paternité et les dangers connus sous le nom de confusion de part ; et sans doute, citoyens législateurs, vous n'y trouverez rien de contraire aux bienséances et à la dignité du mariage (1). »

II. Toutefois, cette considération à elle seule ne suffirait pas à justifier la loi. En effet :

a) Il n'eut pas été nécessaire pour parer à la confusion de paternité de fixer à dix mois le délai de viduité ; il suffisait pour qu'aucune confusion ne fût possible de fixer ce délai à *quatre mois*.

Le législateur eut pu, en effet, raisonner ainsi : De deux choses l'une : Ou la femme, remariée plus de quatre mois après la dissolution de son premier mariage, accouchera dans les six mois qui suivront les quatre premiers mois de son veuvage auquel cas nous considérerons l'enfant comme un posthume du défunt, puisqu'il ne se sera pas encore écoulé cent quatre-vingts jours depuis le deuxième mariage ; ou elle accouchera après six mois, et alors l'enfant sera des œuvres du deuxième mari, puisque trois cents jours se seront écoulés depuis la mort du premier mari.

(1) Il faut remarquer que dans le premier projet de la commission, le délai imposé à la femme n'était pas de dix mois, mais d'un an. Ainsi, l'art. 76 de la III<sup>e</sup> Section (*Des seconds mariages*, ch. iv, t. V, du *Mariage*) était rédigé de la manière suivante : « La femme ne peut contracter un nouveau mariage, qu'après un an révolu depuis la dissolution du mariage précédent. » Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, vol. II, p. 51.

D'ailleurs le Tribunal de Lyon faisait ses observations dans ce sens (1) :

« Art. 76. — Dès que la loi fixe l'époque à laquelle un enfant sera réputé ou non un enfant du mariage, quel motif peut-elle avoir de défendre à la veuve un second mariage avant l'année écoulée ? Est-ce parce que la femme romaine devait pleurer son mari pendant un an ? Mais :

1<sup>o</sup> La loi ne peut ni prescrire la douleur ni punir l'indifférence ; d'ailleurs, dans ce système, le mari devrait aussi pleurer sa femme, et la loi devrait être commune aux deux époux ;

2<sup>o</sup> La loi romaine ne punissait la dureté du cœur de la veuve que par la privation de ses gains de survie : les Romains n'avaient pas imaginé de prononcer la nullité de ce mariage précocé, et par là de punir le second mari et ses enfants.

En France, il est de fortes raisons pour ne pas punir la veuve qui se remarie dans l'an de deuil. La veuve d'un artisan, la veuve d'un colon partiaire, est forcée, pour conserver à ses enfants les moyens de subsistance, l'éducation, et dans l'avenir la profession de leur père, de se marier sur-le-champ à un homme de même état, qui conserve l'atelier, ou la culture de la portion de fruits. On demande la suppression de l'article, ou du moins *la restriction du délai à trois ou quatre mois*. S'il subsiste en

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, vol. IV, p. 56, n<sup>o</sup> 47. Observations présentées par les commissaires nommés par le Tribunal d'appel de Lyon.

tout ou en partie, il faut statuer si sa violation entraînera la nullité du mariage précoce ; quand et par qui cette nullité pourra être provoquée. »

b) Dans le même ordre d'idées, si la femme accouchait au cours des dix premiers mois de son veuvage, il faudrait lui permettre de se remarier sans attendre l'expiration de ces dix mois (c'est ce que décidaient les jurisconsultes romains), car, en cette occurrence, aucune confusion de part ne serait possible. Cependant les textes des articles sont trop absolus pour que cette solution puisse être admise. L'art. 228, Code civ., dit : «... *ne peut* contracter un nouveau mariage *qu'après* dix mois... » et l'art. 296 «... *si toutefois il s'est écoulé* trois cents jours après le premier jugement préparatoire... »

Il faut donc pour la complète justification de cette incapacité, trouver un second motif à ajouter au premier. Ce motif est tiré de nos mœurs, de nos habitudes sociales. Il était convenable que la veuve conservât une certaine retenue, dans les premiers temps de la mort de son mari et ne fit pas scandale par la preuve publique et manifeste de son indifférence, ou même de sa joie (1). Ces convenances sociales, qui retiennent pendant un certain temps la femme dans le veuvage, la législation n'a fait que les consacrer. C'est ce qui ressort des discussions qui ont eu lieu à l'occasion de la confection du Code civil.

(1) Nous sommes obligés d'expliquer les dispositions des articles 228 et 296 d'abord suivant les vues des rédacteurs de la loi. Nous verrons plus loin ce qui a survécu de ce motif.

Voilà, d'ailleurs, ce qui se passa dans le sein de la commission chargée de la rédaction du Code (Séance du 14 vendemaire l'an X) (1).

« M. Réal présente la Section III intitulée » des seconds mariages. L'article 1<sup>er</sup> est ainsi conçu : « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent ; *le mari ne peut non plus contracter un second mariage qu'après trois mois depuis cette dissolution.* »

*Le consul Cambacérès* demande quels sont les motifs qui ont déterminé la section à étendre la disposition au mari.

*M. Boulay* répond que la *décence paraît l'exiger.*

*Le premier Consul* pense que le terme de dix mois n'est pas assez long pour la femme.

*Le ministre de Justice* dit que dans nos mœurs ce terme est d'une année, qu'on appelle *l'an de deuil.*

*Le consul Cambacérès* revient sur la disposition relative au mari. Il observe que plus on y réfléchit, et moins l'on en sent la nécessité. L'un des préopinants allègue des considérations de décence, mais des motifs de cette nature doivent-ils prévaloir sur l'urgence des conjectures ? D'ailleurs, dans des temps où le sentiment délicat des convenances était la règle des actions, n'était-il pas commun de voir un veuf se remarier quarante jours après la mort de sa

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, vol. IX, p. 80. Procès-verbal de la séance du 14 vendemaire an X (6 octobre 1801).

femme ? Il ne faut pas que le Code nouveau multiplie les entraves sans aucun profit pour la morale publique.

M. Tronchet dit qu'en effet la défense faite à la femme a pour objet de prévenir la confusion de part ; que la même raison ne subsiste pas pour le mari ; et que le terme proposé serait trop long pour les cultivateurs, pour les artisans, enfin pour une foule d'individus de la classe du peuple, à qui le secours d'une femme est nécessaire par rapport à la conduite de leur ménage.

Le premier Consul dit que l'inconvénient de la confusion de part n'a pas fait impression sur les anciens, puisque l'exemple d'Auguste prouve qu'ils épousaient des femmes enceintes. Quant au mari, il faut ou n'en pas parler, et s'abandonner aux mœurs et aux usages, ou lui interdire le mariage pendant un terme plus long : il serait inconvenant que le Code civil se montrât, sur ce point, plus indulgent que l'usage.

L'article est adopté avec le retranchement de la disposition relative au mari. »

Faut-il insister ? Tronchet est le seul qui parle de la *turbatio sanguinis*. Cambacérès l'ajoute. Les autres, et en tête le premier Consul, n'ont en vue que *nos mœurs*, la *décence*.

Dans la pensée des auteurs du Code ce n'est donc pas un motif *secondaire* comme d'après M. Laurent (1) cette question de convenance qui doit empêcher la veuve de se remarier immédiatement après la mort de son mari, mais

(1) F. Laurent, *Principes de droit Civil français*, II, 363.

c'est un motif tout aussi *primordial* comme celui d'éviter la *confusion de part*. C'est pourquoi « si la femme accouchait le lendemain de la mort du mari, il faudrait lui appliquer l'article 228 » alors même qu'en ce cas la confusion de part ne soit plus possible.

Ces deux motifs doivent être en vue, car tous les deux ont guidé le législateur : si l'un manque, l'autre se suffit pour empêcher le mariage (1).

A ce motif de la loi on a apporté l'objection suivante : L'homme n'est il pas obligé de respecter les convenances aussi bien que la femme ? Est-ce donc que le sentiment public est plus large en ce qui concerne les veufs ? Ou bien le législateur a-t-il jugé à propos de ce montrer moins rigoriste vis-à-vis des hommes, puisqu'il ne leur impose aucun temps de veuvage ?

Les auteurs ont toujours cherché à répondre à cette objection en disant que :

1<sup>o</sup> L'idée dominante du législateur a été d'éviter la confusion de paternité ; l'idée de convenance sociale est *secondaire* et eût été sans doute insuffisante pour déterminer à elle seule le législateur (2) ;

2<sup>o</sup> Que nos mœurs, à tort ou à raison, exige chez la femme une retenue, une pudeur, plus grande que chez l'homme.

La vraie raison est celle exposée par Tronchet dans la séance du 14 Vendémiaire an X :

(1) Dans ce sens, Demolombe, *Cours de Code civil*, III, 122, 123.

(2) Nous venons de voir que l'idée de convenance, sociale dans

1° La *turbatio sanguinis* n'est pas à craindre pour l'homme ; et puis :

2° Le mariage est dans bien des cas pour le veuf une nécessité dont il subit la loi. Ce n'est pas lui, en effet, qui peut utilement s'occuper de ses enfants en bas âge. D'autres préoccupations absorbent tout son temps. Souvent même il est incapable des soins qu'exige l'enfance. Or, une nouvelle femme légitime le suppléera bien mieux que la femme étrangère et salariée, qu'il sera obligé d'appeler dans sa maison.

Mais ce second motif n'est pas tout à fait exact pour le cas de mort. Il l'est toujours à la suite d'un divorce, alors que le pieux souvenir d'une morte n'est pas là pour retarder l'introduction d'une autre femme dans la maison (1). »

Mais dans cette question, comme dans beaucoup d'autres d'ailleurs, l'évolution sociale du xix<sup>e</sup> siècle (2) a produit son influence sur ce motif de la disposition législative relative au convol en secondes noces de la femme.

la pensée des rédacteurs du code, était tout aussi primordiale que celle d'éviter la confusion de part.

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1129.

(2) Le droit n'est pas comme on l'a pensé longtemps, un système de principes immuables, qui dominerait l'évolution des individus et des sociétés, cela a été l'erreur de nombreux jurisconsultes, qui ont cru, qu'il existait un droit naturel, intangible, en dehors et au-dessus des civilisations changeantes ; c'était aussi l'illusion des romains au temps de la loi des XII tables et des Français au temps de la révolution : tous ont voulu dégager des principes éternels et fixer définitivement le droit. Mais l'expé-

Par faveur pour le mariage, puis par suite de l'entraînement que les partisans de la parfaite égalité de la femme avec l'homme ont donné à l'opinion publique aux situations où la femme est, aux yeux de ces partisans, mise sur un pied d'inégalité vis-à-vis de l'homme, ce motif de la disposition du Code a dû perdre sa valeur. Aujourd'hui on n'a plus en vue (comme à l'époque de la confection du Code) aucune décence, aucune retenue de la part de la femme envers la société. Aujourd'hui la femme est traitée au point de vue des exigences sociales sur le même pied d'égalité que l'homme.

Et cette influence du progrès social a eu un revirement dans diverses législations nouvelles. Ainsi :

Le nouveau Code civil suisse du 10 décembre 1907 dans son article 103 prévoit que le délai de viduité prend fin en cas d'accouchement :

« Art. 103. — La veuve, l'épouse divorcée, la femme dont le mariage a été déclaré nul ne peuvent se remarier avant l'expiration de trois cents jours à partir de la dissolution ou de l'annulation du précédent mariage.

*Ce délai prend fin en cas d'accouchement.*

Le juge peut l'abréger, lorsqu'il n'est pas possible que la femme soit enceinte des œuvres de son mari ou lorsque des époux divorcés se remarient ensemble. »

rience a démontré que le droit ni ne se fixe, ni ne se cristallise selon le mot fameux de M. Taine : *Le droit est un produit* et étant un produit d'être vivants, il évolue comme tout ce qui vit.

Et les art. 210, et 278 du Code civil roumain modifiés par la loi du 15 mars 1906 (1) :

« Art. 210. — La veuve et la femme dont le mariage a été déclaré nul, ne peut convoler en secondes noces que dix mois après la dissolution par la mort, ou l'annulation du mariage précédent, *en dehors du cas d'accouchement dans cet intervalle.* »

« Art. 278. — La femme divorcée ne pourra convoler en seconde noces que dix mois après son divorce, ou, si elle a demandé l'autorisation de quitter le domicile conjugal, dix mois après la décision qui a admis sa demande, *en dehors du cas où la femme accouchera dans cet intervalle.*

Le Code italien dans l'art. 57 alinéa 2. *Cessa questo divieto dal giorno che la donna abbia partorito* (2) ».

La loi italienne paraît n'avoir été préoccupé que de la confusion de paternité, car elle permet à la veuve de se rema-

(1) Les anciens articles 210 et 278 du Code civil roumain (1<sup>er</sup> janvier 1864) étaient la traduction des articles 228 et 296 (ré-daction 1884) du Code Napoléon. — Le législateur roumain a oublié de changer le terme de 10 mois qui ne correspond pas aux 300 jours exigées par les articles 286 Code civ. roum. (coresp. 312 Code civ. français) et 289 Code civ. roum. (coresp. 315 Code civ. français) pour la légitimité d'un enfant.

(2) Mentionnons aussi la législation autrichienne qui dans les articles 120 et 121 prévoit que la femme peut, si elle est enceinte au moment de la mort de son mari, contracter un nouveau mariage aussitôt après sa délivrance ; — s'il s'élève des doutes sur sa grossesse, six mois après la mort du mari ; — enfin, si des experts déclarent qu'il n'y a aucune vraisemblance qu'elle soit enceinte, elle peut être autorisée à se remarier après trois mois de veuvage.

rier avant les dix mois de viduité (art. 57 Code civ. ital.) aussi dans le cas où le mariage a été annulé pour cause d'impuissance du mari (art. 107. Code civ. ital.)

C'est seulement le désir de parer à la confusion de part qui guide les législateurs modernes. Il est donc étonnant que le législateur français ait laissé échapper, en 1907, l'occasion qu'il a eu d'introduire dans la loi la modification que nous venons de signaler (1).

Aussi les commentateurs modernes du Code objectent-ils que : « *L'année de deuil ou de viduité* est, en effet, consacrée par les plus anciennes traditions. Mais ces traditions remontent aux époques où la femme était considérée comme tout à fait inférieure à l'homme, obligée à ce titre de porter le deuil de son mari, alors que l'homme était affranchi de semblables exigences (2) ».

Il faut donc penser que nous ne sommes pas loin de voir cette disposition s'introduire dans le Code civil français.

*Quelle est la sanction de ces dispositions des articles 228 et 296 du Code civil ?*

Le délai de viduité constitue-t-il un empêchement dirimant ou simplement prohibitif ? En d'autres termes, la sanction des articles 228 et 296 Code civil, consiste-t-elle uniquement dans l'amende de 16 à 300 francs que l'article 194 du Code pénal prononce contre

(1) La seule excuse qu'on peut lui apporter c'est qu'elle est d'une application peu fréquente.

(2) Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil français*, vol. II, 284.

l'officier de l'état civil, qui procéderait au mariage d'une veuve avant l'expiration du délai de dix mois, ou bien cette sanction consiste-t-elle dans la nullité du mariage ?

Quelques auteurs se sont rangés à ce dernier parti : ils estiment qu'il y a là un empêchement dirimant. En effet, disent-ils, il est impossible d'admettre qu'il suffise, pour qu'un acte soit valable, que la loi n'ait pas directement prononcé la nullité. Toutes les fois que la loi s'est exprimée d'une manière prohibitive, toutes les fois qu'elle a dit, *qu'un individu peut faire tel ou tel acte*, elle a par cela seul frappé de nullité l'acte fait contre sa prohibition. Ainsi s'exprime l'article 228 : *La femme ne peut...* Or, *Ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse quo factum est* (1). *Particula negativa*, dit Dumoulin, *praeposito verbo : potest, tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem* (2).

Cette manière de voir a été rejetée à bon droit par la généralité des auteurs (3) et par la jurisprudence (4).

Il est de fait que la loi n'a pas prononcé la nullité ; or, en matière de mariage, les nullités se suppléent, moins

(1) C. I. 14, *De legibus*, 5. 1.

(2) En ce sens Delvincourt, *Cours de Code civil*, I, p. 125.

(3) F. Laurent, *Principes de droit civil*, II, 484. Demante, *Cours analytique*, t. I, p. 360, n° 260 bis, IV. Valette, sur Prudhon, t. I, p. 405. Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, II, 284. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1001.

(4) Dalloz, au mot *Mariage*, n° 969 et 967.

que partout ailleurs (1). Cette nullité n'existait ni en droit romain ni dans notre ancien droit ; comment donc croire que si le législateur eût voulu innover en l'introduisant dans les articles 228 et 296, il n'en eût parlé nulle part dans le Code, ni dans le chapitre relatif aux personnes qui pourraient intenter cette action en nullité, ni en indiquant la prescription qui la couvrirait ? Il faut enfin reconnaître qu'il y aurait disproportion choquante entre les intérêts qui ont donné naissance aux articles 228 et 296 et les conséquences de la violation de ces articles. « La crainte d'une confusion de part, dit M. Planiol (2) qui est le motif de cette prohibition ne suffit pas pour annuler le mariage : l'annulation ne servirait à rien, car elle n'empêcherait pas la grossesse de la femme et le doute qui plane sur la filiation de l'enfant. »

M. Delvincourt, qui soutient le système contraire, recule lui-même devant les résultats qu'il entraîne, et se trouve amené à admettre un étrange tempérament : « Si, dit-il, le second mariage a duré longtemps, on pourra penser que : *novo quasi consensu convalerit*, surtout s'il n'est résulté aucun inconvénient de la contravention, et, par exemple, s'il n'est pas né d'enfants du second mariage, ou si la naissance n'a eu lieu que quelques années après qu'il a été contracté. »

(1) « Pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément ». Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 994.

(2) Planiol, *Ibid*, I, 1001, 1127. « Le mal est fait, il ne servirait à rien d'annuler le mariage. »

Cela est évidemment inadmissible ; le fait est que la nullité une fois reconnue, serait inexorable, et qu'il faudrait annuler le mariage lors même que la femme ne l'aurait contracté que neuf mois, ou plus, après la mort de son premier mari. Telle n'a pu être l'intention du législateur.

Nous remarquerons enfin que plusieurs tribunaux d'appel avaient demandé qu'on assurât l'exécution de l'article 228.

Ainsi : le tribunal d'appel de Montpellier (1) : « Art. 76. Il faudrait infliger des peines à la femme qui malverserait dans l'année du deuil. » Le tribunal de Nîmes dit (2) : « L'article 76 prohibe avec grande raison le second mariage de la femme dans l'année de viduité ; mais quelle sera la peine de la transgression d'un devoir aussi important ? La loi ne prononce, NI NE PEUT PRONONCER LA NULLITÉ DE CE SECOND MARIAGE ; cependant les mœurs, l'honnêteté publique, le *metusurbationis sanguinis* dans ces convols précipités sollicitent également une répression proportionnée à ce genre de délit public et privé. On demande que le législateur détermine ces peines dans sa sagesse, et qu'elles soient prononcées dans le présent Code, avec d'au-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, Vol. IV, pag. 427, n° 19. Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 Germinal dernier par le tribunal d'appel séant à Montpellier.

(2) Fenet, *Ibid.*, Vol. V, p. 11, n° 24. Observations du tribunal d'appel séant à Nîmes.

tant plus de raison que les peines des secondes noces des femmes dans l'an n'ont pas lieu dans les pays coutumiers ». Et le tribunal de Toulouse demande aussi (1) de : art. 76 « prononcer des peines contre la femme en cas de contravention à cet article (2). » Mais le législateur n'a pas accédé à ce vœu, et cela : *parce qu'annuler le mariage, c'eût été trop pour la contravention à une simple loi de précaution, et qui ne tendait ni directement, ni indirectement, à réprimer des désordres graves* (3).

Concluons donc de là, que dans le code civil les articles 228 et 296 n'avaient d'autres sanctions que le devoir pour l'officier public de se refuser à célébrer le mariage ; le Code pénal depuis, a voulu que l'officier contrevenant eût à subir une amende de 16 à 300 francs, ce qui donne en fin de compte des garanties suffisantes et parfaitement en rapport avec les intérêts qui servent de base aux articles 228 et 296. « La prohibition de la loi, trouve donc une sanction suffisante dans la responsabilité des officiers de

(1) Fenet, *Ibid.*, Vol. V, p. 559, n° 28. Observations du tribunal de Toulouse.

(2) Observons que ces tribunaux d'appel *des régions du droit écrit* sont les seuls qui aient demandé d'introduire dans le Code une sanction à la disposition de l'article 76. Ils reculent eux-mêmes devant la sanction qui prévoyerait la nullité du mariage (Trib. de Nîmes) en demandant seulement « des peines qu'on devrait infliger à la femme qui contraviendra à cet article ».

(3) Valette, *Cours du Code civil*, p. 188. Demolombe, *Cours du Code civil*, III, 337. Colmar, 7 juillet 1808 (Sirey, 1809, II, 168). Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zahariæ*, Vol. IV, p. 74.

l'état civil. » Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1128.

D'ailleurs, les peines pour l'inobservation de l'*an de deuil* sont l'apanage des législations anciennes. Ainsi, dans les anciennes lois de Roumanie, dont nous donnons ci-bas la traduction des articles qui se réfèrent au *délai de viduité*, les peines ont varié : tantôt c'est la perte des gains nuptiaux, ou des droits de succession de la femme, tantôt « en même temps que par d'autres peines la femme sera punie ainsi que celui qui l'épousera, tous deux étant considérés comme mal honnête ». (art. 147 du Code Calimach).

*Principauté de Muntenie (Valachie).*

Code Caragea (1). Partie IV, Chapitre II, art. 11. « Si la femme convole en secondes noces pendant l'année de deuil, elle perd le don fait avant le mariage; et si elle a des enfants qu'on le leur attribue (*ce don*), et s'il n'y a pas d'enfants qu'il soit attribué aux héritiers du mari. »

(1) Le *Code Caragea* a été la loi de la principauté de Muntenie (Valachie) depuis 1817-1832. Rédigé dans sa première édition en grec (1817), c'est seulement le 2 janvier 1819 qu'il a été traduit en roumain (Décret de Constantin Bălăceanu vel Logofătu du 2 janvier 1819). — Ce Code Caragea, a remplacé le *Code Ipsilanti* (*Pravilniceasca Condica*) qui était en vigueur depuis 1780, — et dans lequel il n'y a pas de disposition sur le délai de viduité. Décrété par Alexandru Ion Ipsilanti Vœvod (1774-1782) ce code est un abrégé très incomplet des Basiliques : il ne contient que 41 chapitres divisés chacun en 3-5 articles au plus. — Pour les temps antérieurs à 1780, on suivait dans cette principauté : *Pravila lui Matei Basarab* puis les *Novelles de Justinien, Léon*. — Et depuis 1832 à 1865 le : *Regulamentul Organic*.

*Principauté de Moldavie (1).*

Code Andronachi Donici (2), chapitre XXX, art. 10.  
« Selon la loi, il est défendu à la femme, après la mort de son mari de convoler en secondes noccs avant l'écoulement d'une année après la mort de son mari, délai qui s'appelle l'année du deuil, et si après son divorce, il arrive que par sa faute cela soit fait, dans ce cas, il est défendu à la femme de se remarier pendant cinq ans. »

Art. 11. — « Au cas où la femme, après la mort de son mari, ne respecte pas l'année de deuil, et convole en secondes noccs, non seulement ses fils, qui sont ses héritiers, prendront les donations en vue du mariage et les dons que son mari lui avait faits, mais elle sera obligée de partager la moitié de ses biens personnels à ses fils, et s'il n'y a pas de fils, *cette moitié* sera prise par les parents à savoir : les petits-fils, ou le père et la mère, ou l'aïeul avec l'aïeule, ou les frères, et s'il n'existe aucun parent, elle sera donnée à la caisse publique. »

(1) Avant le Code Andronachi Donici (1814) en Moldavie on suivait : la *Pravila de Vasile Lupu*, puis, les *Novelles de Justinien*, *Léon*, les *pravila de Teofil Antichirso*r et le *manuel d'Armenopol*.

(2) Le *Code Andronachi Donici* est une collection abrégée des *lois des Empereurs (Basiliques)*, commencé par l'échanson *Toma Carra*, continué et complété par le *logothète Andronachi Donici*, un grand jurisconsulte de ces temps. Le Code servit de loi en Moldavie à partir de 1814 (l'année de son impression dans la typographie *Sainte Metropolis*) jusqu'en 1817, date de l'application du *Code Calimach*.

Code Calimach (1). Art. 128. — « Si, excepté le cas d'adultère ou d'attentat à la vie du mari (cas auxquels il est absolument défendu à la femme de se remarier avec un autre homme) le mariage a été dissout par sa faute, il lui est défendu de convoler en secondes noces avant cinq ans révolus, qui seront à compter du jour du divorce légalement prononcé. »

Art. 129. — « Si le mariage a été dissout par la faute du mari, la femme a le droit de se remarier après l'accomplissement d'un an ; et si elle est enceinte, quarante jours après l'accouchement. »

Art. 144. — « La femme de l'homme qui est digne de porter pour lui le deuil, doit garder l'année du deuil pour ne pas mélanger la postérité et pour honorer son mari qui est mort, — de même il faut aussi que l'homme observe l'année du deuil pour l'honneur de sa femme qui en est digne. »

(1) Le plus complet des Codes anciens de la Principauté de Moldavie ; il contient 2032 articles (3 parties divisées en chapitres, et les chapitres en articles). En vigueur depuis 1817 à 1832 quand il a été remplacé par le *Regulamentul Organic* (1832-1865). — Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1865 en Roumanie (Muntenie (Valachie) et Moldavie réunies depuis le 5 et 24 janvier 1859 sous le prince Alexandre Ion I Couza dans un seul état) est en vigueur le *Code civil roumain* (en grande partie traduit du Code civil français). Décrété le 26 novembre 1864, promulgué le 4 décembre 1864 ; d'après l'article 1913 du code civil il devait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1865, mais par le décret du 30 juin 1865 et la loi du 2 juillet 1865 la mise en vigueur a été ajournée pour le 1<sup>er</sup> décembre 1865.

Art. 145. — « La femme de l'homme qui est indigne (1) de porter sur lui le deuil, s'il arrive qu'elle soit enceinte, a le droit de se remarier quarante jours après l'accouchement, si l'année du deuil ne s'accomplit pas dans ce temps. »

Art. 147. — « Si la femme du mari digne de porter pour lui le deuil, convole en secondes noces, avant l'accomplissement de l'année de deuil, elle sera non seulement quitte de tous les gains acquis pendant le mariage, ainsi que de ceux laissés à elle par le testament du mari, mais encore avec d'autres peines, elle sera punie ainsi que celui qui l'épousera, tous deux étant considérés comme malhonnêtes. »

Art. 148. — « La veuve qui aura des enfants et voudra se remarier avant l'accomplissement de l'année du deuil, n'aura pas un autre moyen d'éviter la honte et les dispositions établies par la loi, que d'obtenir la dispense du gouvernement et de laisser à ses enfants la moitié de tous ses biens propres et de tous les gains obtenus pendant le mariage. »

L'article 152 disposait que l'homme était aussi obligé d'observer l'année du deuil avant de convoler en secondes noces.

(1) *Indignes* étaient ceux qui avaient déserté à l'ennemi, les traîtres et ceux qui avaient conspiré contre le gouvernement et contre le pays, les suicidés, à la condition qu'ils ne soient pas fous, les condamnés pour crimes (art. 146 Code Calimach) comp. Ulpien, D, 3. 2, *De his qui notantur infamia*, 11, 1.

Dans ces législations anciennes (1), on ne prévoyait pas la nullité du mariage : comment peut-on l'admettre aujourd'hui ?

*Le délai de viduité est-il d'ordre public ?*

Il ne faut pas hésiter à considérer comme personnelles les lois qui déterminent les conditions du mariage ; il est certain, en effet, que ces lois s'occupent des personnes, et même d'une manière exclusive et absolue (2).

Faut-il pourtant conclure de là qu'un officier public devrait, en France, prêter son ministère à une veuve étrangère, qui voudrait se remarier avant l'expiration d'un laps de dix mois depuis la mort de son précédent mari, en supposant que la loi personnelle nationale de cette femme n'exige pas ce délai de viduité (3) ?

L'affirmative, à première vue, paraît certaine, les jurisconsultes admettant que l'on doit appliquer à l'étranger en France, la loi personnelle de son pays ; mais le doute peut résulter du tempérament qui prend place à côté de cette règle, à savoir, qu'il faut pour l'application à l'étranger dans notre pays de sa loi personnelle que le résultat n'en

(1) En Sardaigne (art. 145) l'inobservation du délai de 10 mois fait perdre à la femme ses gains nuptiaux, et les libéralités de son premier mari.

(2) Laurent, *Droit civil international*, t. V, p. 272.

(3) Dans le Code bavarois il était expressément dit que le conjoint survivant peut se remarier immédiatement (t. I, chap. VI, art. 46).

soit pas de nature à compromettre l'ordre public en France ; or, peut-on dire, l'ordre public dans l'espèce, est intéressé au point de vue de la paternité et de la filiation.

Cette objection, toutefois, ne nous déciderait pas à abandonner notre solution : parce que, si l'on considère le délai de viduité comme d'ordre public, il faudra y voir, en ce qui concerne le mariage, un empêchement dirimant, alors que la presque totalité des jurisconsultes le range dans la classe des empêchements simplement prohibitifs (1).

La doctrine que nous soutenons peut être appuyée sur un arrêt de la cour de Paris, lequel a décidé que la femme restait soumise à son statut personnel sur ce point, et que l'article 228 devait fléchir devant l'autorité de la loi étrangère (2).

Une dame M... née à Mayence (Hesse Rhénane) avait épousé le sieur Guillaume S..., sujet prussien. Lors de la déclaration de guerre en juillet 1870, ce dernier était retourné dans son pays, laissant sa femme en France. Le 24 novembre 1871, le divorce entre ces deux époux était prononcé à Francfort-sur-le-Main. Puis, le 3 décembre 1871, la dame M..... faisait publier à la Mairie du VIII<sup>e</sup> arrondissement, à Paris, son mariage avec un Français. Mais, au dernier moment, le maire s'était refusé à procéder à la célébration, en se fondant sur l'art. 228 du Code

(1) Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, II, 399, et les auteurs cités *supra*.

(2) Paris, 13 février 1872. D. 73.2.160.

civil. C'est sur l'instance formée contre l'officier d'état civil, que le Tribunal de la Seine, constatant que la législation nationale de la dame M.... tout en interdisant à la veuve de se remarier avant six mois depuis la mort de son mari, et au veuf avant trois mois, ne leur impose aucun délai préfix en cas de divorce, et en se fondant sur ce que l'article 228 du Code français ne lui était pas applicable, sa condition quant au mariage étant déterminée par son statut personnel, ordonna que le maire du VIII<sup>e</sup> arrondissement procédât sans délai, au mariage projeté. C'était là un procès bien jugé à notre avis ; toutefois nous devons dire que la Cour de Paris, sur l'appel du maire, infirma le jugement du tribunal de la Seine, en s'appuyant sur ce que le statut Francfortois, quoique personnel, était dans l'espèce inapplicable par raison d'ordre public, et décida, en conséquence, que le maire du VIII<sup>e</sup> arrondissement s'était à bon droit refusé à célébrer le second mariage, dans lequel la dame M... voulait s'engager 14 jours après la sentence du divorce qui avait dissous son précédent mariage. Nous avons dit les motifs qui, après quelques hésitations, il est vrai, nous font repousser la doctrine de la Cour. Nous ajoutons que, spécialement dans cette espèce, il nous semble que la Cour, pour rester réellement conséquente avec elle-même, eût dû, non seulement retarder, mais défendre le mariage subséquent, en s'appuyant sur le motif d'ordre public qui sert de base à son arrêt, car, à vrai dire, ce motif serait tout aussi vrai en ce qui concerne le

principe admis, à cette époque chez nous, de l'indissolubilité du mariage, qu'en ce qui concerne l'observation des délais de viduité.

A l'inverse, il est entendu que, si la loi personnelle de l'étranger exigeait, en pareil cas, un délai plus étendu, de 15 mois par exemple, l'officier public français, averti de cette circonstance, ne devrait pas prêter son ministère à la célébration, alors même que dix mois se seraient écoulés depuis la dissolution du précédent mariage.

*Quelles sont les personnes qui peuvent faire opposition à l'officier de l'état-civil, pour qu'un mariage ne soit pas contracté en violation des articles 228 et 296 du Code civil ?*

L'officier de l'état-civil doit, sous sa responsabilité personnelle (art. 194 c. pén.), se refuser à célébrer le mariage d'une femme avant que l'année de viduité se soit écoulée. Mais, il peut advenir que ce fait soit ignoré de l'officier, des parties, ou de l'une d'elles ; ou encore que cette prohibition soit frauduleusement dissimulée par les impétrants à l'officier public.

Tout parent, ou même, en général, tout individu, qui apprendra qu'une femme veut convoler en nouvelles noces pendant l'année de deuil, pourra en informer *officieusement* cet officier ; toutefois, cet avertissement ne constituant pas une opposition, l'officier civil est libre de ne pas s'y arrêter, à la condition toutefois de vérifier, sous sa

responsabilité personnelle, l'exactitude de la dénonciation, sans quoi il serait punissable, non pour avoir méprisé une opposition, mais pour avoir *sciemment* célébré un mariage dont la loi défendait la célébration.

Il en est tout autrement de l'*opposition légale*, elle engage, dans tous les cas, la responsabilité de l'officier public ; et alors même que les motifs mis en avant par l'opposant sont dénués de tout fondement, il est puni s'il passe outre.

Il est donc important de rappeler qui peut former opposition légale à ce qu'un second mariage soit contracté avant l'expiration du délai de dix mois :

1° D'après l'article 172 Code civil, le droit de former opposition au mariage appartient à *la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes* ; et

2° D'après l'article 173 Code civil (loi du 21 juin 1907), *le père, et, à défaut du père, la mère, les aïeuls et aïeules*, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt et un ans accomplis.

Ce sont les seules personnes qui aient ce droit : le droit d'opposition légale n'appartient ni aux descendants, ni aux collatéraux des futurs époux (art. 174 Code civ.) puisqu'ils ne peuvent faire d'opposition à un mariage que pour les motifs indiqués dans l'article 174 Code civ. : *a)* lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160 Code civ. n'a pas été obtenu ; *b)* lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux.

Appartient-il au Procureur de la République ? Nous ne le croyons pas. En effet, la loi ne le comprend pas dans son énumération ; or, d'une part, l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, pose en règle générale que le ministère public ne peut agir d'office en matière civile, *que dans les cas spécifiés par la loi*, et, d'autre part, l'énumération que fait le Code des personnes qui ont le droit d'opposition légale, est évidemment limitative, car, tout le monde sait que c'est afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition que la loi a jugé nécessaire de ne l'accorder qu'à certaines personnes (loi du 20 septembre 1792) (1).

(1) La question de savoir si le ministère public peut, dans certains cas, former *opposition* au mariage, donne lieu à de grandes controverses. D'après les uns, ce droit lui appartiendrait toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, — dirimant ou même simplement prohibitif, — est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public. Pour d'autres ce droit se limiterait aux cas où le ministère public aurait le droit de demander la nullité du mariage, s'il était célébré. — Nous croyons plus exact, pour les raisons énoncées au texte, de refuser absolument ce droit au procureur de la République. *La première opinion* invoque les expressions de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, d'après lequel le ministère public *poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public* (nous pouvons répliquer que le *délai de viduité* n'est pas *d'ordre public*) ; mais nous avons remarqué que le même article limitait ce droit *aux cas spécifiés par la loi* et c'est à cette disposition que nous nous en tenons, car elle figure la première dans l'article 46 et y est plus précise, de sorte que, s'en tenir à la seconde, c'est supposer que le législateur s'est amusé à poser un principe pour avoir le plaisir de l'abroger dans le même article ; ces expressions, comme tant d'autres, ne sont qu'une redondance. *La seconde opinion* adoptée aussi par la jurisprudence française (Cass.

*Difficultés qui peuvent s'élever sur la filiation de l'enfant né depuis le convol, dans le cas où la femme n'observe pas le délai de viduité.*

Une veuve, pressée de contracter de nouveaux liens, a trouvé un officier public ignorant, ou qu'elle a su corrompre, et, celui-ci a consenti à la marier avant l'expiration des dix mois de viduité.

De graves difficultés peuvent s'élever sur la filiation de l'enfant né depuis le convol.

Examinons quelques hypothèses :

*1° La femme accouche plus de cent quatre-vingts jours après la célébration du second mariage, et moins de trois cents jours après la dissolution du premier.*

A qui appartiendra l'enfant ? Est-ce au premier ou au second mari ? Deux présomptions légales, également puissantes, se trouvent ici en collusion. Aussi cette hypothèse a-t-elle merveilleusement exercé l'imagination des

21 mai 1856, D. 56.1.203, S. 57.1.111 ; Cass. 28 nov. 1877, D. 78.1.209, S. 78.1.337 ; Grenoble. 14 janvier 1889, D. 90.2.193 ; il n'y a pas de jurisprudence sur notre question), s'appuie sur ce que droit qu'a le procureur de la République, dans certains cas, de poursuivre la nullité du mariage célébré, implique le droit d'arrêter la célébration du dit mariage, *par une opposition* ; mais cet *a fortiori* n'est pas décisif, car les enfants et collatéraux peuvent demander la nullité du second mariage de leur parent bigame, et cependant le droit d'opposition ne leur appartient pas de leur chef (art. 174, Code civ.). D'un autre côté l'opposition même non fondée peut faire manquer un mariage, tandis que la demande en nullité, lorsqu'elle n'est pas fondée, ne fait tort qu'au demandeur (Comp. Demolombe, *Cours de Code civil*, III, p. 250.).

anciens docteurs. Dira-t-on que l'enfant appartiendra en même temps au premier et au second mari, en se fondant sur ce que chacune des présomptions qui le protègent doit produire son effet ? Ou bien à l'inverse, cet enfant sera-t-il considéré comme n'étant des œuvres, ni de l'un ni de l'autre mari, parce que deux présomptions inconciliables se neutralisent réciproquement ? Non, sans doute, car il est inadmissible que cet enfant n'ait pas de père, pas plus qu'il n'est possible qu'il en ait deux. Autorisa-t-on l'enfant à choisir, lorsqu'il sera parvenu à l'âge de raison entre les deux pères que la loi lui attribue (1) ? Cela nous semblerait plus étrange. Cherchera-t-on dans la ressemblance avec l'un ou l'autre mari, une raison de décider ? *Ex vultu partus, et lineamentis, defunctum maritum superstitemve magis referentibus* (2). Cet élément de solution serait le plus souvent singulièrement insuffisant.

Ces opinions quelque peu fantaisistes, étant écartées, nous devons nous livrer à l'examen de deux autres systèmes, auxquels se rallient les auteurs modernes. D'après l'une de ces opinions, l'enfant doit être présumé appartenir au second mari. Cela revient à faire prévaloir la présomption que l'enfant né cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage, est l'enfant de ce mariage, sur la présomption que l'enfant né moins de trois cents jours après la dissolution du mariage, est l'enfant posthume du défunt. Sur quoi motive-t-on la prééminence de la pré-

(1) Blackstone, *Commentaire des lois anglaises*, t. II, chap. VIII, n° 2.

(2) Voet, *Ad Pandectas*, Lib. I, tit. 6, n° 9.

mière présomption ? Sur la probabilité du fait. Car il est très vraisemblable de supposer que, puisque la femme s'est remariée, c'est qu'elle savait n'être point enceinte à cette époque ; supposition conforme aux probabilités, et qui est en même temps la plus morale. Ce système, toutefois, n'annihile pas absolument la seconde présomption ; il lui donne cette conséquence que l'enfant sera reçu à administrer, s'il peut, la preuve qu'il appartient au premier mari (1).

La majorité des auteurs refuse, à bon droit ce nous semble, de se rendre à ce raisonnement. Dans l'espèce, nous nous trouvons en face de deux présomptions qui ont toutes deux la même autorité, l'autorité de la loi ; il est donc impossible de faire plier l'une devant l'autre ; d'un autre côté, ces deux présomptions étant en contradiction entre elles, il faut les écarter toutes deux, puisqu'elles se neutralisent, et alors nous sommes amenés, la loi étant hors de cause, à faire décider la question par les tribunaux, et, en cas de doute, à trancher dans le sens du plus grand intérêt de l'enfant. Le premier système se condamne lui-même, lorsqu'après avoir fait prévaloir l'une des présomptions sur l'autre, il admet cependant la preuve du contraire ; nous ne disons pas autre chose au fond, mais seulement au lieu d'examiner quelle sera, en général, la solution la plus probable et la plus morale, pour la faire prévaloir sans distinction dans tous les cas, nous nous en

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, V, 93, *in fine*, et 94 pour le cas de bigamie. — Cette décision avait été déjà proposée par d'anciens auteurs.

rapportons entièrement aux tribunaux pour décider, selon les espèces, et d'après le témoignage des gens compétents, ce qui est le plus conforme soit à la vérité scientifique, soit à la vérité morale, et dans le doute, aux véritables intérêts de l'enfant. Ainsi, on recherchera quelle était la conformation de l'enfant au moment de la naissance ; si l'on doit supposer que cette naissance ait été accélérée ou, au contraire, retardée ; si dans le temps qui a précédé la mort du premier mari, il était ou non en cas de cohabiter avec sa femme ; si longtemps abattu par la maladie dont il est mort il peut être présumé n'avoir eu aucun rapport avec sa femme ; ou si, enlevé par une mort soudaine il a pu engendrer peu de temps auparavant. De même encore, il y aura lieu de prendre en considération les diverses ressemblances physiques ou morales que l'enfant peut avoir soit avec le défunt, soit avec le nouveau mari de sa mère(1).

Une difficulté de même genre se présente quand un enfant, né moins de trois cents jours après la mort du mari, est reconnu par un tiers qui épouse la veuve ; ici encore toutes sortes de solutions ont été proposées, et la jurisprudence est tout à fait flottante ; nous n'en citerons pour preuve qu'une affaire de ce genre, qui donna lieu à un jugement du Tribunal de la Seine du 9 août 1838, lequel fut infirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1839, qui fut lui-même cassé le 23 novembre 1842 et ren-

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae, Vol. IV, p. 583. Delvincourt, *Cours de Code civil*, I, p. 127. Laurent, *Avant projet* art. 292.

voyé à la Cour d'Orléans, dont l'arrêt du 10 août 1843 admit enfin les motifs de la Cour suprême (1). Un enfant né 283 jours après la mort du mari de sa mère fut reconnu comme enfant naturel par son père et par sa mère, et plus tard légitimé par le mariage de ces derniers. Quelle était sa filiation ? La Cour de Paris décida que l'enfant appartenait au mari défunt comme ayant été conçu pendant le mariage. La Cour de cassation décida, au contraire, avec raison, que l'enfant reconnu et légitimé avait la possession d'état d'enfant légitime du second mari de sa mère ; que cet état ne pouvait lui être enlevé par une présomption établie pour le protéger quand il l'invoqua, mais qui ne saurait être retournée contre lui (2).

Le Code allemand a une disposition différente : l'enfant est réputé enfant du premier mari, lorsqu'il est né dans les 270 jours après la dissolution du premier mariage, et enfant du second mari lorsqu'il est né plus tard. Cette disposition a l'avantage de supprimer tout procès, mais elle a l'inconvénient de toutes les présomptions légales : elle peut être fautive dans quelques cas (3).

2<sup>o</sup> *La femme accouche moins de 180 jours après la célébration de son second mariage, moins de 300 après la dissolution du premier.*

(1) Paris, 16 juillet 1839. Cass. 23 novembre 1842. Orléans (renvoi) 10 août 1843. Dalloz, Répert. v. Paternité, n<sup>o</sup> 94.

(2) Théophile Hue, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, III, 49.

(3) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1414, en note 2<sup>o</sup>.

Dira-t-on :

A. Que l'enfant doit alors appartenir sans difficulté au premier mari, par la raison qu'il n'a pu être conçu des œuvres du deuxième mari depuis le second mariage ; que sans doute, la paternité de cet enfant pourrait être attribuée sans invraisemblance au deuxième mari, si l'on voulait supposer :

a) Que la conception a eu lieu de ses œuvres depuis la dissolution du premier mariage (l'accouchement ayant eu lieu plus de 180 jours depuis cette dissolution).

b) Ou même que la conception a eu lieu de ses œuvres pendant la durée même du premier mariage (l'accouchement ayant eu lieu moins de 180 jours depuis la dissolution du premier mariage) ;

Mais que cette supposition d'immoralité doit céder devant la présomption qui attribue l'enfant, très légitimement et très moralement, au premier mari, d'autant plus que, dans la dernière supposition (b), l'enfant, s'il était né des œuvres du second mari, serait adultérin, et ne pourrait pas, dès lors, profiter de la légitimation tacite que l'article 314 confère à l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage.

B. Ou bien, prenant directement avec M. Demolombe, le contre-pied de cette manière de voir, attribuera-t-on en tout cas cet enfant au second mari (en permettant toutefois à l'enfant de revendiquer la présomption qui l'attribue aussi au premier mariage) (1) ?

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, V, p. 117 (et p. 83).

C. Dira-t-on avec M. Demante, qu'il y a lieu de distinguer entre les deux hypothèses précitées :

a) Que si la femme est accouchée plus de 180 jours depuis la dissolution du premier mariage, les juges décideront en fait entre l'application de l'article 315 ou celle de l'article 314, Code civ.

b) Mais que, si la femme est accouchée moins de 180 jours depuis la dissolution du premier mariage, l'art. 315 sera nécessairement applicable, parce que l'adultérinité de la conception empêcherait alors l'application de l'article 314 (1).

D. Nous croyons, pour notre compte, que la solution doit être sur ce point la même que sur la question précédemment examinée. En effet, nous nous trouvons encore ici en présence de deux présomptions légales : celle de l'article 315, qui attribue l'enfant au premier mari, et celle de l'article 314, qui l'attribue au second, puisqu'il résulte de cet article, que tout enfant né pendant le mariage, *même avant le cent quatre-vingtième jour depuis la célébration*, est réputé enfant légitime de ce mariage. Il en résulte que la question de paternité ne peut être résolue qu'en fait, par les tribunaux, et que les juges pourront parfaitement attribuer cet enfant au second mari, le considérer comme enfant légitime du second mari, alors même qu'en fait, la conception de cet enfant se placerait nécessairement à une époque où la femme, actuellement re-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, t. II, n° 42 bis. III.

mariée, était encore engagée dans les liens d'un premier mariage. Cette décision ne saurait être considérée comme contraire à la loi, par les jurisconsultes qui admettent que l'enfant né dans le mariage, quoique conçu avant, naît sous le bénéfice, non pas d'une légitimation légale et tacite, à laquelle pourrait s'opposer l'adultérinité de sa conception, mais bien sous le bénéfice de la légitimité proprement dite.

3° Une femme veuve accouche, puis se remarie avec l'expiration des quatre premiers mois de son veuvage ; 180 jours depuis son second mariage, mais moins de 300 jours depuis la dissolution du premier, elle accouche une seconde fois ; à qui est l'enfant ? Né 180 jours après le second mariage, il peut appartenir au second mari ; mais d'autre part, né moins de 300 jours depuis la mort du précédent mari, il pourrait appartenir à celui-ci. Nous attribuerons cet enfant au second mari, car la femme était déjà accouchée une précédente fois depuis la dissolution de son premier mariage (1).

Cependant, une théorie curieuse, qu'il est d'origine allemande, prétend attribuer le deuxième enfant au mari disparu avant la naissance du premier : c'est la théorie de la superfécondation ou de la superfétation, exposée par *Hoffmann* (2) dans sa *Médecine légale* ; il admet qu'une femme peut enfanter à cinq ou six mois d'intervalle, deux enfants

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, V, p. 114.

(2) Briand et Chaudé, *Médecine légale*, p. 127, v. Hertwig, *Embriologie animale*.

viables ; cette théorie semble admise en Allemagne, et Hoffmann cite le cas d'une veuve qui, ne se croyant pas enceinte, présente un enfant étranger comme le sien propre, et qui accouche quelques mois après ; or, cette femme ne se tient pas pour battue et conclut simplement à une superfétation.

En fait, il n'arriverait jamais sans doute, que l'on osât inscrire ce second enfant sous le nom du mari décédé.

Dans toutes les hypothèses analysées plus haut nous avons supposé que la femme s'est remariée malgré la disposition prohibitive des articles 228 et 296 du Code civil. La question de la légitimité d'un enfant peut se poser aussi dans le cas où la femme ne convole pas en secondes noces.

Il existe une contradiction dans la loi : Pour la question de la légitimité d'un enfant, le maximum de durée à partir duquel la présomption légale de paternité cesse d'avoir de force est de 300 jours, — pour le délai de viduité la prohibition de remariage ne cesse que dix mois après la dissolution du précédent : c'est-à-dire 303-305 jours (1) ! Mais nous ne pouvons pas appliquer l'art. 228 qu'avec sa valeur ancienne, — *dix mois* dit le texte, — et nous avons vu que depuis la confection du Code, ces dix mois ne correspondaient pas toujours à 300 jours.

De plus, la loi par l'article 315 dit que la légitimité de

(1) Excepté l'article 296 depuis la loi du 13 juillet 1907.

l'enfant né *trois cents* jours après la dissolution du mariage *pourra* être contestée ; or, nous avons déjà vu que 300 jours ne sont pas 10 mois, donc les 10 mois ne sont pas imposés pour parer à la confusion, car, à quoi bon défendre le remariage d'une femme pendant plus de 300 jours pour empêcher la confusion de part si, d'après la même loi, on peut contester la légitimité de l'enfant qui naîtra dans ce laps de temps ? Supposons une femme de qui naît un enfant 303 jours après la mort de son mari : la légitimité de cet enfant *pourra* être contestée, quoique la femme ne puisse pas se remarier ce jour-là, — puisque les 10 mois ne se sont pas encore écoulés.

Certains jurisconsultes ont conclu que la présomption de paternité s'étend au delà de 300 jours, mais à l'état de simple présomption de fait, car la loi dit que « la légitimité d'un enfant né 300 jours après la dissolution du mariage *pourra être contestée* », Ils citent en ce sens un mot du tribun Labary : « L'article veut que la légitimité puisse être contestée, mais il veut qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondée ». Duveryer dit aussi dans ce sens : « Si l'enfant n'est pas attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre (1) ». Ils cherchent enfin à l'appui de cette interprétation des raisons logiques ; voici la principale, invoquée par Merlin, puis par M. Demante (2) : quand l'enfant

(1) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, X.

(2) Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. II, 3<sup>e</sup> édition, 1896.

naît pendant le mariage, le père n'attaque sa légitimité que s'il est certain de l'adultère ; mais après lui les colatéraux ayant tous intérêt à voir en lui un adultérin, il est logique que la loi protège sa légitimité. L'Etat, dit-on encore, n'est pas intéressé à accroître le nombre des bâtards.

Mais, il n'en est pas moins vrai que tel n'est pas le sens de la loi. Le principal argument de ces jurisconsultes, fondé sur un mot « pourra » est dénué de toute valeur, attendu que dans le même chapitre ce mot est employé dans des sens très différents ; de plus, on ne peut raisonnablement admettre que la loi après s'être efforcée de distinguer nettement les enfants légitimes des bâtards, laisse ces questions dans certains cas à la jurisprudence ; enfin, une telle interprétation aboutirait souvent à des résultats absurdes et ridicules en admettant la paternité posthume d'un mari disparu depuis longtemps. D'ailleurs, la jurisprudence se montre sévère sur ce délai de 300 jours : ainsi un jugement de Bourganeuf, du 31 août 1839, a rejeté la légitimité d'un enfant né 302 jours après la mort du mari, bien que la mère ait déclaré avoir ressenti les premières douleurs de l'accouchement six jours auparavant. Enfin, d'après les travaux préparatoires du Code, la solution n'est pas douteuse : « L'enfant né 286 jours après le mariage, dit Fourcroy, n'est pas présumé l'enfant du mariage. »

L'enfant qui naîtra le 300<sup>e</sup> jour (1) après la mort de son

(1) Le calcul de ce délai n'a pas été sans difficultés, difficultés qui tiennent en partie à cette préoccupation de la jurisprudence

père sera légitime, en vertu de la présomption légale sur la durée des grossesses, présomption *juris et de juris*, sans preuve contraire (art. 1352, Code civil) irréfragable ; l'article 314 est très net en ce sens : il prescrit aux juges une règle absolue, puis édicte trois fins de non recevoir très strictes.

Qu'a fait le législateur en fixant le maximum de la durée de grossesse d'autre que de trancher la question de la légitimité de l'enfant, qui naîtra après la dissolution du mariage, car la défense, faite à la femme de convoler en secondes noccs seulement après dix mois révolus depuis la dissolution du premier mariage, n'a pas affaire avec la question de la filiation, qui est résolue par la disposition de l'article 315. Le législateur de 1803 a obligé la femme à

de trouver des enfants légitimes en plus grand nombre possible ; c'est pourquoi elle dénature le calcul des délais en s'efforçant de les allonger. Ainsi, on cherche contre toutes les règles juridiques à comprendre dans le délai le *dies a quo* et en même temps le *dies ad quem* ; ainsi, au lieu de calculer *de momento ad momentum*, comme l'ont proposé MM. Valette et Laurent, la jurisprudence s'abstient de compter de *die ad diem*. Cependant l'article 2260 qui compte de *die ad diem* parle de la proscription et *non de la gestation* ; et de plus, l'heure de la naissance étant obligatoirement mentionnée et celle du décès l'étant en fait, ce calcul atteindrait ainsi une certaine précision. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est fixée en sens contraire depuis le fameux arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1869 (D. 69.1.184. S. 69.1.215) le 19 mars 1866 le mari meurt à 2 heures du matin ; le 18 janvier 1867 sa veuve accouche à 8 heures et demie : la Cours d'Angers, comptant par heure le délai maximum *de gestation*, déclarait l'enfant illégitime ; mais la Cour suprême cassa cet arrêt, affirmant que le délai doit de compter par jour.

un célibat forcé pendant 10 mois en vue « d'empêcher la confusion de part. » qui pourrait résulter de son convol, après quoi il a tranché la question de la filiation de l'enfant qui naîtra dans ce laps de temps.

En vraie logique juridique on ne peut donc pas dire que le délai de viduité est imposé à la femme pour éviter la confusion de part, puisque la question de la légitimité de l'enfant qui naîtra après la dissolution du mariage est tranchée par l'art. 315 du Code civil.

Il est vrai qu'on peut nous objecter que la loi a fixé aussi le minimum de la grossesse (180 jours, art. 314, Code civ.) et qu'en permettant à la femme de se remarier immédiatement, nous nous trouverons dans les situations analysées plus haut, situations qui feront naître des difficultés. Il est vrai qu'on fera naître des difficultés, mais toutes ces difficultés pouvaient très bien être évitées en permettant à la femme de se remarier 4 mois après la dissolution du mariage, car, le délai de la gestation (121 jours) accompli, il ne sera plus possible de laisser l'état de l'enfant dans l'incertitude : si la femme accouche 300 jours après la mort de son premier mari, 180 depuis le second mariage, l'enfant sera attribué au second mari et non pas au premier.

Alors ? il ne vous reste qu'à demander sa suppression, ou du moins, comme nous venons de le voir, sa réduction à 4 mois seulement, au lieu d'obliger la femme à l'observer pendant tout le temps de la grossesse, ce qui serait une faute à notre avis ; personne n'a demandé une telle innovation, et presque toutes les législations nouvelles ne per-

mettent à la femme de se remarier qu'après son accouchement avant le délai *maximum de la grossesse*.

Si nous ne pouvons pas justifier l'empêchement de se remarier imposé à la femme *pendant tout* le temps de la grossesse, par le motif de parer à la *confusio seminis*, nous sommes obligés de voir un autre motif tiré de la morale (1) et qui peut se traduire par cette phrase : « L'obligation imposée au législateur de parer à ce que, par le nouveau mariage de la femme, les conséquences du premier n'apportent pas atteinte à la dignité du nouveau mari. » Nous nous demandons quel sera l'état moral du mari, envoyant sa femme mettre au monde un enfant, qui d'après la loi sera à un autre.

Si nous ajoutons à cette raison, les graves difficultés que feront naître dans la pratique, à cause de l'ignorance des parties ou de la mauvaise foi, par la déclaration de la naissance de l'enfant à l'officier de l'état civil comme légitime du nouveau mari, nous nous voyons obligé de conclure au

(1) Les lois conformes aux mœurs et bien adoptées peuvent exercer sur la morale publique une certaine influence. « La morale et le droit de tout temps sont amis ». « Dans bien des cas dit Bentham, la morale dérive de la loi, c'est-à-dire que pour décider si une action est moralement bonne ou mauvaise, il faut savoir si elle est permise ou défendue par les lois » ; et reprenant ailleurs cette idée qui lui est chère il dit encore : « La plupart des hommes n'ont ni assez de lumières, ni assez de force d'âme pour que leur probité se passe du secours des lois ; le législateur doit suppléer à la faiblesse de cet intérêt naturel, en y ajoutant un intérêt artificiel plus sensible et plus constant ».

maintien du délai de viduité pendant tout le temps de la grossesse.

Une dernière question, pour en terminer avec la légitimité des enfants nés pendant le délai de viduité.

L'article 297 Code civ. (loi du 13 juillet 1907) permet à la femme de contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion de la séparation de corps en divorce. Il a supprimé dans ce cas le délai de viduité. Le législateur a-t-il été conséquent avec les dispositions de l'article 313 du Code civil (l. 6 décembre 1850, modifié par la loi du 18 avril 1886) ?

A l'article 313 du Code Napoléon, la loi du 6 décembre 1850 a ajouté une disposition en vertu de laquelle, dans le cas de séparation légale des époux le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé,... *L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux.* Une rédaction analogue était proposée lors de la discussion du Code, dans la séance du 14 brumaire an X : « La présomption cesse lorsqu'ils sont séparés de corps et de biens, sauf au cas où il y aurait eu réunion de fait et réconciliation entre eux » ; mais, Cambacérès et le premier Consul combattirent le projet, sous prétexte qu'il n'est « pas ordinaire que les époux séparés se fréquentent ». Dans le même sens, le tribunal dans la séance du 19 vendémiaire an X proposait que la séparation des époux à l'époque de la conception eût le

même effet que le recel ; mais cette addition à l'article 313 ne fut pas maintenue (1). Donc, avec le système du Code, la séparation des époux n'avait aucun effet sur la présomption légale. Cette solution était si choquante que, dès le 28 décembre 1814 un arrêt de la Cour de Caen viola ouvertement la loi, et admit le désaveu en cas de séparation, sans s'occuper du recel de la naissance ; puis, en 1816 et 1834, plusieurs projets de loi furent déposés à la chambre des pairs, qui tendaient à faciliter le désaveu en cas de séparation. Mais ce n'est qu'en 1850 que M. Demante, membre de l'Assemblée nationale, fit aboutir le vieux projet du tribunal, en le restreignant à la séparation judiciaire. En 1886, on remania l'alinéa ajouté par cette loi à l'art. 313 de façon à le rendre applicable aux instances en divorce. La rédaction primitive de la loi du 6 décembre 1850 fut tellement modifiée par l'effort de M. Valette et Vatismenil, que bientôt on se demanda si la simple dénégation du mari était un désaveu préemptoire : la Cour d'Amiens, par un arrêt du 30 juin 1853 oblige le mari à prouver qu'il n'est pas le père ; mais depuis cette époque, la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, regarde la dénégation du mari comme préemptoire. M. Valette s'expliquait formellement : « Le sens fondamental et le but de l'amendement est, à la différence du projet primitif, de rendre le désaveu du mari péremptoire. La loi ne peut supposer qu'il aille en bonne

(1) Pour tous ces textes voir Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, X, 1<sup>er</sup> partie. Séances du 14 brumaire et du 10 vendémiaire an X.

fortune chez sa femme et en fasse sa maîtresse. » M. Demante a lui-même reconnu que son projet avait été dénaturé en ce sens par M. Valette, et quelques arrêts, dépassant le but, vont jusqu'à soutenir que la loi du 6 décembre a supprimé toute présomption de paternité en cas de séparation judiciaire des époux.

Quoiqu'il y ait eu, comme nous venons de le voir des discussions sur la force de la présomption de légitimité dans la loi du 6 décembre 1850, la disposition par laquelle : « l'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux », n'a donné occasion à aucune controverse.

On peut supposer donc une réunion en fait entre les époux, pendant les 3 ans, après quoi, la séparation de corps est convertie en divorce. L'enfant que la femme naîtra 300 jours après le divorce sera le fils légitime du premier mari, puisque sa légitimité ne peut pas être contestée : une réunion de fait a eu lieu entre les époux et la loi du 6 décembre 1850 laisse dans ce cas subsister la présomption légale de paternité ; d'après le droit commun l'enfant qui naîtra 300 jours *après la dissolution* du mariage sera légitime. Mais cela n'empêche pas la femme de se remarier aussitôt après la transcription de la décision de conversion, aussitôt après la dissolution du mariage. Où est la crainte de parer à la confusion de part, la *turbatio sanguinis* ancienne, motif de la détermination des législateurs d'interdire à la femme de se remarier aussitôt après la dissolution du mariage ?

## CHAPITRE II

### LE DÉLAI DE VIDUITÉ APRÈS LE DIVORCE (1)

La séparation de corps ne fait cesser que l'obligation de vivre en commun ; le divorce, au contraire, rompt le lien conjugal : chaque époux est désormais maître de sa personne et libre de contracter de nouveaux liens.

Après le divorce pour une cause déterminée (2) l'homme

(1) Nous n'aurons rien à ajouter sur la sanction de l'art. 296, Code civ., ni sur la question de savoir si cette disposition intéresse l'ordre public, ou quelles sont les personnes qui peuvent faire opposition à l'officier de l'état civil pour qu'un mariage ne soit pas contracté en violation de cet article. Toutes ces questions nous les avons déjà analysées (V. chap. I, plus haut).

(2) Le seul possible en France après la loi du 27 juillet 1884. — Dans le cas de divorce par consentement mutuel aucun des deux époux ne pouvait contracter un nouveau mariage que trois ans après le prononcé du divorce (art. 297, Code Nap.). Mais cette prohibition a été supprimée par la loi du 13 juillet 1907 qui a modifié cet article, en permettant à la femme, dans le cas de la conversion du jugement de séparation de corps en divorce, de se remarier aussitôt après la transcription de la décision de conversion.

peut se remarier immédiatement. La femme est obligée d'attendre 300 jours après le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond rendu dans la cause (art. 296 Code civ. modifié par la loi du 13 juillet 1907) (1).

Il est intéressant d'observer que la loi du 13 juillet 1907 n'a eu en vue que l'empêchement de parer à la confusion de part, en imposant à la femme d'attendre ces 300 jours. C'est ce qui explique aussi le changement de rédaction dans l'article : l'ancien prévoyait « dix mois » le nouveau « 300 jours ». Les rédacteurs du Code civil en 1803 s'étaient inspirés de l'article 228 Code civ. M. Treilhard dans l'exposé des motifs au Corps législatif disait (2) : « Le bon ordre exige aussi qu'une femme divorcée ne puisse pas, en contractant un nouveau mariage immédiatement après la dissolution du premier, laisser des doutes sur l'état des enfants dont elle pourrait être mère. Elle ne se remariera que dix mois après le divorce prononcé » et Savoie-Rollin dans le rapport adressé au Tribunat (3) : « L'ordre public sous le rapport de l'état des enfants, a déterminé la disposition qui ne permet le mariage que dix mois après la prononciation de son divorce (4). »

(1) Des délais un peu différents avaient été, pour le même cas, imposés par la loi du 20 septembre 1792 : Un an pour la femme, dans le cas de divorce pour cause déterminée ; un an pour la femme, ou pour l'homme, dans le cas de divorce sur consentement mutuel, ou pour simple cause d'incompatibilité d'humeur.

(2) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, Vol. IX, p. 488.

(3) Fenet, *Id.*, IX. p. 508.

(4) Et tous les auteurs étaient unanimes à admettre ce point

Le législaieur de 1907 s'est inspiré de la disposition de l'article 315 du Code civil, qui attribue la qualité de légitime à l'enfant né dans les 300 jours après la dissolution d'un mariage.

Mais, le législateur moderne en corrigeant la loi n'a pas observé qu'il s'était mis en contradiction avec ce même art. 315 Code civ., car la loi dans cet article attribue « la légitimité de l'enfant né trois cents jours » *après la dissolution du mariage* ; or, le mariage est dissous *après la transcription* du jugement ou l'arrêt qui a prononcé le divorce, ce qui fait qu'*après la dissolution du mariage* on doit commencer à compter les 300 jours exigés par l'article 315 pour établir la légitimité d'un enfant né après la dissolution du mariage par le divorce.

Il est vrai que le père pourra désavouer l'enfant né dans ces conditions, en alléguant les dispositions de l'art. 318 Code civ. (loi du 8 avril 1886), mais cela ne peut pas nous empêcher de constater cette *contradiction* qu'on a introduite dans la loi entre les articles 295 et 296, et l'article 315 Code civ., ce qui constitue une faute plus grave encore puisqu'on a eu ce motif même en vue, en introduisant un changement dans la disposition de la loi, disposition qui était en contradiction avec l'article 315 du Code civil :

de vue qui ne présentait aucune difficulté : on étudiait l'art. 296 avec l'art. 228 ensemble, dans les livres de droit. — Laurent, *Principes de droit civil*, Vol. III, 290. « C'est une disposition analogue à celle de l'article 228 et fondée sur les mêmes motifs. » Peut-on le dire encore aujourd'hui ?

on a changé l'expression de « dix mois » dans le nouvel article 296, par celle de « 300 jours » prévue dans l'art. 315, mais on se trouve en contradiction avec ce même article.

La nouvelle difficulté provient de ce que le législateur a voulu trancher une controverse que l'ancien article 296 avait fait naître : On se demandait à partir de quel moment le délai commençait à courir. L'art. 296 dans sa rédaction du 27 juillet 1884 (1) disposait qu'il doit commencer « après que le divorce sera devenu définitif ». Or, le divorce ne devenait définitif qu'après la transcription de la sentence du tribunal qui l'avait prononcé : c'est donc depuis ce jour là qu'on devait compter les dix mois, et c'est dans ce sens que la jurisprudence s'était fixée dans les derniers temps. (Alger, 6 juillet 1892. D. 93.2.366., S. 93.2.275. ; Cass., 18 avril 1893, D. 94.1.67., S. 94.1.5 ; Paris 13 décembre 1895. D. 96.2.418).

On a cependant soutenu et même jugé (2) que c'est à partir du jour du jugement que doit courir le délai de dix mois, sur le fondement d'un effet rétroactif qu'aurait la transcription de la sentence du divorce. L'opinion contraire objectait à bon droit que « l'art. 296 parle d'un délai de

(1) L'article 296 dans le Code Napoléon (rédaction 1804) disposait que la femme ne pourra se remarier que « dix mois après le divorce prononcé ». On a changé la rédaction en 1884, mais ce changement a donné lieu à une autre controverse dont nous l'examinons.

(2) Limoges, 26 novembre 1887, D. 89,2,40, S. 89,2,129 ; Trib. Versailles, 14 août 1889, S. 90,2,95.

dix mois après que *le divorce sera rendu définitif*, et non après que *le jugement de divorce* sera devenu définitif.

Or, nous savons que, non seulement l'appel et le pourvoi en cassation sont suspensifs des effets du jugement de divorce, mais que le délai lui-même, dans lequel ces voies de recours peuvent être employées, est pareillement suspensif ; de sorte que le jugement ou l'arrêt ne deviennent définitifs que par l'expiration des délais ci-dessus. D'un autre côté, le divorce ne devient définitif que par la transcription. Donc, de quelque manière qu'on veuille entendre l'art. 296, il est impossible de prendre pour point de départ du délai de dix mois la date du jugement ;

En effet, si on entend l'art. 296 comme signifiant que la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le jugement de divorce sera devenu définitif, le point de départ de ce délai de dix mois sera l'expiration des délais nécessaires pour que la décision prononçant le divorce soit devenue définitive, et non pas la date de cette décision elle-même ;

Si on entend, au contraire, l'art. 296 comme se référant seulement à la date où le *divorce*, conséquence du jugement, sera devenu définitif, le point de départ du délai de dix mois sera la date de la transcription. Or, les termes de l'art. 296 ne permettent pas de l'entendre autrement (1). Une circulaire du Procureur de la République de la Seine, en date du 25 juillet 1887 admettait que le délai de dix

(1) Théophile Hue, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, Vol. III, 398.

mois courait à partir du jugement de divorce. Mais dans d'autres ressorts on admettait, au contraire, que ce délai courait à partir de la transcription (v. Huc. *loc. cit.* en note).

Le législateur de 1907 pour trancher cette controverse a fixé le point de départ des dix mois (300 jours d'après le nouvel article) à partir du *premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause*. Le point de départ du délai de viduité est *du jour où a eu lieu le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond*, mais le point de départ des 300 jours pour établir la légitimité d'un enfant est *du jour de la dissolution du mariage*, qui n'est autre que le jour de la transcription, par l'officier de l'état civil, du jugement qui a admis le divorce (1).

Deux questions doivent donc être examinées :

1<sup>o</sup> Quel est le jour du premier jugement préparatoire,

(1) La question a été posée, mais le législateur l'a laissée sans réponse. Voyez *Revue trimestrielle de droit civil*, tome 6<sup>e</sup>, année 1907, p. 439-440, § 9. Paul Lèrebours-Pigeonnière : « J'observerai de nouveau qu'il eût été utile de s'expliquer au sujet de la filiation de l'enfant qui naîtrait, après le mariage de la femme divorcée, moins de 300 jours après le divorce, et de modifier l'article 313 du Code civil, qui admet en pareil cas le désaveu de l'ancien mari divorcé : ce désaveu ne devrait plus avoir à intervenir. » — On pourrait se demander aussi quelle est la situation de l'enfant conçu pendant le délai, et légitimé ensuite par un mariage subséquent, mais cette question a été tranchée de tout temps en ce sens que l'enfant sera légitimé. V. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1561.

interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause, — car c'est depuis ce jour-là qu'on doit commencer à compter les trois cents jours de viduité (Art. 296, l. 13 juillet 1907, C. civ.).

2<sup>o</sup> Quel est le jour de la dissolution du mariage, — c'est depuis ce jour que la femme peut contracter des nouveaux liens si les trois cents jours se sont écoulés conformément à l'article 296 C. civ. nouveau.

3<sup>o</sup> En dernier lieu, pour terminer ce chapitre, nous examinerons les dispositions de la nouvelle loi du 13 juillet 1907 modifiant l'article 297 du Code Napoléon.

*1<sup>o</sup> Quel est le jour du premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause ?*

En vue de mettre fin à la situation dans laquelle se trouvait la femme divorcée d'après la loi du 27 juillet 1884 (1), M. Raymond proposa de modifier ainsi qu'il suit l'article 296, C. civ. (2) :

(1) L'imperfection de la législation antérieure était criante : Aux termes de l'art. 296 C. civ. (texte de la loi du 27 juill. 1884) : « La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif », c'est-à-dire à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil V. Jur. gén. Dalloz, supplément. V. *Divorce et séparation de corps*, n<sup>o</sup> 554, 557. — Dalloz, nouveau Code civil annoté, t. I, p. 558, art. 296, n<sup>o</sup> 1. — *Infra* le titre qui suit.

(2) Sur une proposition antérieure à celle de M. Raymond, déposée à la Chambre le 19 juin 1906, par M. Louis Martin. V. *Journ. Off.*, 21 août 1906, doc. parlm. ; Chambre f. 39, p. 621 à 126.

« Art. 296. — La femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toutefois il s'est écoulé plus de trois cents jours depuis la séparation des époux, dûment constatée.

« Cette constatation résultera :

« 1<sup>o</sup> De l'ordonnance de non-conciliation, si les époux ont déjà une résidence séparée ;

« 2<sup>o</sup> A défaut d'une constatation expresse dans l'ordonnance, d'un procès-verbal constatant l'exécution de la dite ordonnance en ce qui concerne la séparation de résidence. »

Les motifs invoqués à l'appui de cette disposition nouvelle étaient les suivants : « Il est un acte qui a date certaine, qui rompt la cohabitation, qui autorise chacun des époux à avoir une résidence à part, et qui a une importance tellement grande que l'on y règle déjà certains intérêts et la garde des enfants. C'est l'ordonnance rendue par le président, après avoir entendu contradictoirement les époux : c'est l'ordonnance de non-conciliation. C'est là le vrai point de départ du délai de viduité, et les effets qu'il entraîne, pécuniaires ou autres, partent en majorité de cette date. Un notamment, qui indique bien toute l'importance de la décision rendue par le président, c'est sa date qui fixe le point de départ du délai à partir duquel

V. E. H. Perreau, *Chronique législative de droit civil, Revue Critique de législation et jurisprudence*, 61<sup>e</sup> année, tome XXXVI, Paris, 1907, p. 180-182.

le mari peut désavouer l'enfant né de sa femme (C. civ. art. 313). Le jugement ne fait que constater la réalité des torts que les époux peuvent avoir à se reprocher, et la non-réconciliation définitive. Il constate, d'ailleurs, par voie de conséquence, que la réunion des époux ne s'est pas opérée pendant l'instance ; il n'augmente aucunement les droits de désaveu du mari, il ne les fait même pas naître. C'est la décision primitive, l'ordonnance de non-conciliation qui les a créés (1). »

La Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle à la Chambre des députés adopta, et la Chambre après elle, la proposition de M. Raymond, mais avec quelques modifications. Une modification notamment consista dans la fixation d'un troisième point de départ du délai de dix mois, de sorte que la constatation de la séparation effective des époux résultait :

« 1<sup>o</sup> De l'ordonnance de non-conciliation, si les époux ont déjà une résidence séparée ; »

« 2<sup>o</sup> A défaut d'une constatation expresse dans l'ordonnance, d'un procès-verbal constatant l'exécution de la dite ordonnance en ce qui concerne la séparation de résidence ;

« 3<sup>o</sup> A défaut de constatation antérieure par l'un des deux moyens ci-dessus, le délai partira du jour du premier jugement préparatoire ou au fond qui aura été rendu dans la cause. »

(1) Exposé des motifs, *Journ. offic.*, 2 mai 1907. Annexes, p. 278.

Mais la Commission du Sénat ne crut pas pouvoir prendre comme point de départ l'ordonnance de non-conciliation.

« Votre Commission s'est vite mise d'accord sur l'acceptation du principe même du projet de loi, déclara M. Guillaume Poule (1) dans son rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi, adoptée par la Chambre des députés, et tendant à modifier le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée avant de se remarier : il lui a paru qu'il ne pouvait qu'être *humain et juste* de modifier le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée pour se remarier, de le rapprocher davantage de la rupture survenue entre les époux, et, comme disait M. Louis Martin à la Chambre, « *de rendre les mariages plus rapides et plus faciles* dans des cas précisément où le mariage n'existe plus, bien que les deux anciens époux continuent toujours d'exister ».

« Plusieurs années peuvent, en effet, s'écouler entre le moment où les hostilités commencent entre les époux et celui où elles prennent fin, après enquêtes, appel, pourvoi en cassation parfois, par la transcription du divorce. Certains des délais fixés par la législation régissant la matière sont très longs. Avant d'autoriser le demandeur à citer, le juge peut ajourner les parties à un délai de vingt jours

(1) Session ord. Séance du 25 juin 1907. Annexe, n° 182, p. 158, 159.

(art. 238, § 6) ; le tribunal peut surseoir à prononcer le divorce pendant six mois (art. 246) ; l'opposition au jugement de divorce, lorsque la signification n'a pas été faite à personne, est recevable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité (art. 247, § 3) ; le pourvoi en cassation est suspensif (art. 248, § 6) ; le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement (art. 249). De nombreux incidents suscités par les haies conjugales, surgissent souvent dans de semblables procès, alimentant et prolongeant à l'excès la procédure.

Ce laps de temps est bien plus considérable encore, il se trouve augmenté d'au moins trois ans lorsque le divorce est la conséquence de la séparation de corps (1).

Dès lors, quel besoin, en pareil cas, de ne faire partir le délai de dix mois que de la transcription du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce ? quel besoin même d'imposer un délai de dix mois, lorsque dans les termes de l'article 310 du Code civil, la séparation de corps, après un stage de trois ans, est convertie en divorce ? Comment craindre, dans ces hypothèses, une confusion de part ?

Votre Commission a, pour ces motifs, accepté sans aucune hésitation la modification proposée pour le cas où la femme est divorcée par une décision convertissant en divorce un jugement de séparation de corps, conformément à l'article 310 du Code civil, c'est-à-dire qu'elle a été

(1) Pour ne pas scinder cet important rapport, qui contient les motifs de la nouvelle rédaction de l'article 296, nous reproduisons aussi les parties qui se réfèrent à l'article 297.

d'avis qu'il y avait lieu, dans les termes du même projet de loi adopté par la Chambre, de décider que la femme divorcée pourrait contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion.

Votre Commission vous propose toutefois la rédaction suivante qui a paru plus *correcte* et plus *juridique* (art. 297) : « Lorsque le jugement de séparation de corps aura été converti en jugement de divorce, conformément à l'article 310 du Code civil, la femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion. »

Si sur ce point, la solution est facile, votre Commission s'est, au contraire, trouvée embarrassée quand il s'est agi de fixer le point de départ du délai de dix mois à imposer à la femme divorcée, lorsque celle-ci n'a pas eu à subir le stage de trois ans de l'article 310 du Code civil.

Quel doit être alors le point de départ du délai de dix mois ?

Le projet de loi proposé par M. Raynaud le fixait à la séparation effective des époux dûment constatée (1). La constatation de la séparation effective devait résulter : 1<sup>o</sup> soit de l'ordonnance de non conciliation, si les époux avaient déjà une résidence séparée ; 2<sup>o</sup> soit du procès-verbal d'exécution de ladite ordonnance, au cas où jusqu'à la conciliation les époux n'auraient pas eu de résidence distincte.

(1) C'est, à notre avis, la solution préférable.

La Commission de la Chambre avait modifié la rédaction de l'article proposé sur ce point, mais la portée de la nouvelle rédaction était la même que celle de la rédaction tout d'abord proposée par l'auteur du projet de loi.

La Chambre, dans sa séance du 30 mai 1907, adopta la proposition de sa Commission, mais ajouta, d'accord avec elle, la fixation d'un autre point de départ. A défaut de constatation antérieure résultant soit de l'« ordonnance de non conciliation, si les époux ont déjà une résidence séparée — soit, en l'absence de celle-ci, du procès-verbal constatant l'exécution de ladite ordonnance, en ce qui concerne la séparation de résidence, la Chambre décida que le délai partirait du jour du premier jugement préparatoire ou au fond qui aurait été rendu dans la cause. »

M. Raynaud disait à ce sujet, à la Chambre (séance du 30 mai 1907. — *Journal officiel*, du 31 mai, p. 1100, 2<sup>e</sup> col.) :

« La Commission a dû fixer le point de départ du délai : pour ce faire, elle a pris la contre-partie de l'article 313, § 2, lequel est ainsi conçu, dans son commencement :

« En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé... » Nous en avons logiquement conclu que du moment que l'enfant né de la femme pouvait être désavoué, la possibilité du mariage s'ensuivait pour elle. Cette proposition nous amène à demander que le point de départ soit l'ordonnance de

non-conciliation si les époux ont déjà une résidence séparée. Mais il peut se faire que l'ordonnance du président ne constate pas la séparation de résidence ; nous avons pris alors, comme point de départ, à défaut de celui-ci, le procès-verbal constatant l'exécution de l'ordonnance en ce qui concerne cette séparation de résidence. « Ces deux moyens pouvant ainsi manquer, nous nous proposons à leur défaut, la date du premier jugement rendu dans l'affaire, qui sera soit un jugement préparatoire, soit le jugement au fond. »

Votre Commission n'a pas cru pouvoir prendre comme point de départ l'ordonnance de non-conciliation.

Sans doute, aux termes de l'article 238 du Code civil, l'importance de cette ordonnance de non-conciliation est considérable ; elle autorise le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal ; le juge statue, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, sur la demande d'aliments ; par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites. Aux termes de l'article 313 du Code civil, § 2, modifié par la loi du 18 avril 1886 (art. 3), « en cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le

rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Mais il convient de ne pas oublier que cette ordonnance peut être muette sur la question de résidence séparée et ne pas la constater ; elle détermine celle-ci, il peut se faire qu'elle ne reçoive pas de suite son exécution ; l'assignation même peut tarder de longs mois avant d'être signifiée, l'époux qui a des griefs à faire valoir hésitant peut-être à engager définitivement les hostilités ; faute par l'époux demandeur d'avoir usé de la permission de citer, dans un délai de vingt jours, à partir de cette ordonnance, les mesures provisoires ordonnées à son profit cessent de plein droit. Tout cela est à noter. Puis, les époux n'ont pas, lors de l'ordonnance de conciliation, de résidence séparée, le projet de loi voté par la Chambre en est réduit à organiser une procédure assez compliquée et n'offrant pas beaucoup de garanties : un procès-verbal devra constater que l'ordonnance a été exécutée, en ce qui concerne la séparation de résidence. Mais, qui sera compétent pour dresser le procès-verbal ? Un notaire, un juge, un huissier ? Puis à quels modes de preuve devra recourir l'autorité chargée de dresser ce procès-verbal ? Quelles personnes devra-t-elle interroger ? Quels moyens d'investigation devra-t-elle employer ? Quelles constatations devra-t-elle faire exactement ? Comment constater enfin que l'ordonnance a été ou non exécutée, si elle est muette en ce qui concerne la séparation de résidence ?

Votre Commission a estimé que dans ces conditions et pour ne point compliquer inutilement la situation, il fallait prendre un point de départ plus précis et s'en tenir au premier jugement préparatoire interlocutoire ou sur le fond qui intervient dans la cause. Alors, en effet, dès le moment où un jugement de ce genre intervient, les hostilités sont nettement engagées entre les époux, la séparation de résidence est nécessairement effective, et aucune incertitude n'existe plus.

Le jugement qui interviendra à la fin de la procédure, en même temps qu'il constatera les torts de l'un des époux ou de tous deux, affirmera par là même qu'aucune réconciliation n'est intervenue. »

Conformément à ces observations, le Sénat s'en tint, pour le point de départ du délai de trois cents jours, *au premier jugement préparatoire, interlocutoire ou sur le fond rendu dans la cause*, et rejeta les autres modes de constatation de la séparation effective des époux, adoptés par la Chambre des députés.

Le projet ainsi rédigé passa à la Chambre, qui le 12 juillet le vota. C'est la loi du 13 juillet 1907 (1).

(1) CHAMBRE DES DÉPUTÉS. — Proposition de loi présentée par M. Maurice Raynaud le 15 déc. 1906 (annexe, n° 565, *Journ. off.* du 2 mai 1907, p. 278). — Rapport de M. Raynaud le 24 janv. 1907 (annexe, n° 688, *Journ. off.* du 7 mai 1907, p. 77). — Déclaration de l'urgence, discussion et adoption le 30 mai 1907 (*Journ. off.* du 31 mai 1907, p. 1100). — SÉNAT. — Transmission au Sénat le 31 mai 1907 (annexe, n° 132, p. 112). — Rapport de M. Guillaume Poulle le 25 juin 1907 (annexe, n. 182, p. 158). — Déclaration de

\*  
\* \*

Il résulte du rapport précité de M. le Sénateur Poulle que le délai de trois cents jours imposé par l'art. 296 C. civ. à la femme divorcée n'est pas un délai franc ; par suite, il ne comprend pas le jour de la prononciation du jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, mais comprend le jour de l'expiration des trois cents jours. « Le délai ne serait pas un délai franc : il ne comprendrait pas le jour où aurait été prononcé le jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, mais il comprendrait le jour de l'expiration des trois cents jours. »

*2<sup>e</sup> Quel est le jour de la dissolution du mariage ?*

A première vue, il paraît que la date de la dissolution du mariage par le divorce est fixée d'une manière positive par la loi. Il en était ainsi jusqu'en 1886. Mais à cette

l'urgence et adoption sans discussion, avec modification le 5 juill. 1907 (*Journ. off.* du 6 juill. 1907, p. 846). — CHAMBRE DES DÉPUTÉS. — Retour à la Chambre le 5 juill. 1907 (annexe, n° 1174). — Rapport de M. Raynaud le 9 juill. 1907 (annexe, n° 1193, p. 1039). Déclaration de l'urgence et adoption sans discussion le 12 juillet 1907 (*Journ. off.* du 13 juill. 1907, p. 1891). — 13-16 JUILLET 1907. Loi modifiant le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée avant de se remarier (*Journ. off.* des 15 et 16 juill. 1907, *Bull.* 2863, n° 49538).

Vintila Al. Ardeleanu.

date le changement de législation a donné naissance dans la pratique à de graves difficultés. La question qui s'est posée est la suivante : La dissolution du mariage en cas de divorce se produit-elle au moment de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, ou au jour du prononcé du jugement qui a admis le divorce ?

Sous l'empire du Code de 1804, ou sous le régime de la loi 1884, la question n'avait pas lieu d'être envisagée, elle ne se posait pas. L'article 264 du Code Napoléon était ainsi conçu : « En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter dans le délai de deux mois devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce. » En conséquence, il était à peu près unanimement reconnu que la décision judiciaire ne constituait qu'une autorisation de faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil. Comme le mariage, le divorce était à proprement parler un acte de l'état civil. « La dissolution du mariage ne résulte pas de la décision judiciaire qui admet le divorce », dit la circulaire du garde de sceaux du 3 octobre 1884, cette dissolution ne survenait, avec les effets qui y sont attachés, qu'au moment où l'officier de l'état civil la prononçait. Aussi, par voie de conséquence, l'époux qui décédait avant le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil, n'avait pas, au moment de sa mort, l'état d'époux divorcé ; la femme adultère commettait le délit d'adultère ; les droits que le mari tenait de ce titre, puissance maritale,

puissance paternelle, administration de la communauté comme chef, lui étaient conservés ; les actes passés par la femme pouvaient être annulés ; l'état de chacun des époux, leur capacité juridique, leurs devoirs ne subissaient aucun changement, tant que l'officier de l'état civil n'avait pas déclaré le mariage dissous. Il n'y avait pas de situation intermédiaire ou incertaine.

Survint la loi de 1886 qui a supprimé la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, et a remplacé cette formalité par la transcription du jugement en marge de l'acte de mariage (art. 251, l. 18 [avril 1886]). Cette loi a-t-elle eu pour effet de faire dépendre de la décision judiciaire, sous la seule condition qu'elle serait transcrite, la dissolution de l'union conjugale ? Ce qui résultait de la déclaration de l'officier de l'état civil résulte-t-il du jugement, sous réserve de sa transcription régulière ? End'autres termes : l'union conjugale est-elle détruite par le jugement de divorce ou seulement par sa transcription ? A quel parti le législateur de 1886 s'est-il arrêté ? Voilà la question à laquelle nous devons donner une réponse (1).

Disons tout d'abord que la pratique s'est fixée en ce sens que la dissolution du mariage ne se produit qu'au moment de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, qui remplace la comparution de-

(1) Un point sur lequel il n'existe aucun doute est que si la transcription n'a pas été requise par l'un ou par l'autre des époux dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenue (art. 152, l. 18, avril 1886, al. 4).

vant l'officier public et à laquelle seraient attachés les mêmes effets et les mêmes pouvoirs. « *L'écriture tient lieu de la parole* », c'est la formule qui résume le système suivi par la jurisprudence.

Mais dans les premiers temps, la jurisprudence était incertaine.

Ainsi, la Cour de Limoges, dans un arrêt du 26 novembre 1887 (D. 89. 2. 40. S. 89. 2. 129) décidait que les époux sont désunis par le seul effet du jugement ou arrêt définitif de divorce, et non pas par la transcription de ce jugement ou arrêt sur les registres de l'état civil, sous la seule condition que cette transcription soit régulièrement opérée. A l'appui de cette opinion, on disait que la suppression par la loi du 18 avril 1886 de la formalité de l'état civil et de la prononciation du divorce par le maire avait eu nécessairement pour résultat de rendre à la décision admettant le divorce les effets qu'elle devait avoir normalement, c'est-à-dire de produire *hic et nunc* la dissolution du mariage. S'il en était autrement sous l'empire de la législation antérieure, c'est que la loi avait entendu que l'union conjugale ne pût être dissoute que dans les mêmes formes qui avaient présidé à sa formation. A l'officier de l'état civil seul appartenait de rompre le lien que le mariage célébré devant lui avait créé. — Tout autre est la situation depuis la loi du 18 avril 1886. L'intervention de l'officier de l'état civil n'est plus nécessaire ; la corrélation que la loi avait établie entre les formalités de la célébration et de la dissolution du mariage a disparu. La loi se borne à prescrire, pour assurer la cons-

tatation du changement d'état des époux divorcés, la transcription du jugement ou arrêt sur les registres de l'état civil. Cette formalité n'a donc d'autre but que l'enregistrement pur et simple de la décision qui a admis le divorce, dans un intérêt de publicité ; mais ce n'est pas son accomplissement qui produit le changement d'état entre les époux ; c'est le prononcé du jugement ou arrêt admettant le divorce, et dont la transcription n'a d'autres effets que d'assurer l'exécution, de même que l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil assure l'exécution de l'arrêt admettant l'adoption (C. civ. 359). Sans doute, à défaut de transcription, le divorce sera réputé nul et non avenu, (C. civ. 232, § 4) ; mais de cette déchéance à l'inobservation des prescriptions relatives à la transcription, il résulte seulement que la dissolution du mariage par le jugement ou arrêt de divorce est subordonné à une condition, la transcription dans le délai imposé par la loi ; mais il n'en résulte nullement que le divorce ne doive produire effet, et que le mariage ne doive être réputé dissous, qu'à compter de la transcription (1). Et la Cour de Limoges disait dans son arrêt précité. « Attendu que si ce jugement de divorce est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage des époux B. a été célébré, dans les délais voulus par la loi, il remontera, quant à ses effets

(1) V. en ce sens M. Carpentier. La loi du 18 août 1886 et la jurisprudence en matière de divorce, S. n° 159.

entre les époux dans leurs rapports personnels, au jour de sa prononciation, et les dits époux seront réputés divorcés depuis le 3 août dernier... »

Une circulaire du Procureur de la République près le tribunal de la Seine du 25 juillet 1889 portait : « Désormais, ce n'est plus l'officier de l'état civil, c'est le tribunal qui prononce le divorce, et j'estime que le point de départ du délai de dix mois fixé par l'article 296 C. civ., doit être le jour du jugement. »

Quelques jours après, le tribunal de Versailles adoptait cette façon de voir dans un jugement du 14 août 1889 (S. 90.2.95). « Attendu que le jour de prononcé du jugement de divorce sur conversion doit être considéré comme le point de départ du délai de viduité établi par les art. 228 et 296 C. civ. et comme marquant le jour de la dissolution du mariage, à la condition que la transcription du dit jugement ait été effectuée avant l'événement dont l'importance est de nature à motiver cette double considération : — ... »

Mais quelques mois plus tard, paraissait le Supplément de Dalloz (V. *Divorce*, n° 540) d'après lequel le divorce ne produit ses effets qu'à partir de la transcription, et le 15 avril 1891 (D. P. 91.3.95) le tribunal de la Seine se rangeait à cet avis. C'est depuis lors dans ce sens que la jurisprudence est fixée (Alger, 6 juillet 1892. D. 93.2.366., S. 93.2.275 ; Cass. 18 avril 1893. D. 94.1.67., S. 94.1.5. ; Paris, 13 décembre 1895. D.96.2.418).

On pouvait fournir plusieurs arguments en faveur de

l'ancienne opinion mais on a élevé contre chacun des objections. Ainsi :

On tirait un argument du discours de M. Allou, qui, sans être le rapporteur de la Commission du Sénat, préconisait, au nom de la majorité de ses membres, la substitution de la transcription du jugement à la prononciation sacramentelle du divorce. Voici comment il s'exprimait : « Quand on a épuisé toutes les voies de juridiction, la décision prise devient définitive. Il en est de même pour le divorce. Les juges ont rendu un arrêt; voilà la situation fixée. Est-ce qu'il n'y a pas même une certaine dignité pour la justice à s'arrêter à la décision qu'elle a prise? Est-ce que l'œuvre véritable n'est pas faite par les tribunaux? Et cette décision ne serait qu'une décision d'attente qui se compléterait en s'affirmant par l'intervention du magistrat administratif. Ce n'est pas possible! que faut-il faire? Il faut faire ce qu'on fait dans les matières analogues, dans les questions de nullité de mariage. Cette dernière question a bien, j'imagine, quelque analogie avec le divorce. Quand une nullité de mariage a été prononcée, le jugement est transcrit sur les registres de l'état civil, la mention est faite de la nullité du mariage. Est-ce que cela ne répond pas à tout? » (1).

Mais on s'aperçoit vite que ces paroles se réfèrent à l'inutilité de la comparution des époux devant l'officier de l'état civil, et non pas à la question de savoir si la forma-

(1) D. P. 86. 4. 31, notes 1 et 2.

lité supprimée en 1886 a eu l'effet de changer la force du jugement qui prononce le divorce. De plus, il y avait dans ce discours, et particulièrement dans sa partie finale, une grande confusion, que le rapporteur de la commission, M. Labiche, a mise en évidence. M. Allou assimilait le divorce à la nullité du mariage. Selon lui, dans un cas et dans l'autre, la mention sur les registres de l'état civil n'était qu'une formalité d'exécution, conséquente à la décision. Grave confusion entre deux situations différentes. Quand la nullité d'un mariage est prononcée par arrêt définitif, l'inexistence même de l'union conjugale se trouve irrévocablement déclarée ; l'état civil des intéressés étant fixé, la partie qui a obtenu le jugement ne peut elle-même y renoncer ; la décision intervenue est acquise à l'ordre public ; la mention qui en est faite en marge de l'acte de mariage, ne réfléchit pas sur la décision judiciaire. Pour le jugement de divorce, c'est tout le contraire : il n'efface pas le passé, le mariage et les conséquences qu'il a produites, il n'est pas irrévocable ; ni la dignité de la justice, ni l'ordre public ne sont intéressés à ce qu'il produise ses effets ; la transcription du jugement est un soin abandonné à la volonté des parties intéressées selon le parti qu'elles se décideront à prendre ; le divorce est suspendu jusqu'à l'expression de cette volonté par le fait de la transcription du jugement. On conclut donc, qu'il est inadmissible que cette considération, repoussée par le législateur de 1804, et par celui de 1884, ait touché celui de 1886 qui, sur l'article 252, discutait seulement *l'utilité*

de la comparution des époux devant l'officier de l'état civil.

On s'appuyait aussi pour étayer le système aux termes duquel la loi de 1886 a modifié les anciennes lois de 1803 et 1884, sur *l'intention du législateur*. On disait que l'espoir secret des auteurs de ces lois, quand ils faisaient dériver la dissolution du mariage de la comparution des époux devant l'officier de l'état civil, était que leur réunion devant le magistrat administratif pût amener au moins quelques fois la réconciliation ; il n'y avait pas de raison d'espérer un tel résultat de la formalité réduite à la transcription qui s'opère clandestinement en dehors et à l'écart des parties. Après ce changement de législation, le divorce est l'œuvre du juge seul, sans qu'aucune autre intervention se produise : la loi a dû considérer que, par le jugement, le divorce était consommé ; la condition de la transcription n'est que la constatation de l'exécution de ce jugement. Cet argument est confirmé par le texte de la nouvelle loi : « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre les époux, au jour de la demande » (art. 252, al. 5, l. 18 avril 1886) ; ce jugement a un effet, puisque c'est lui, et non sa transcription, qui agit rétroactivement.

A ces deux arguments on répond : Rien n'a été dit, au cours de la discussion de la nouvelle loi d'où on puisse déduire l'intention de changer le système de l'ancienne loi ; et l'argument de texte qu'on tire de l'article 252, al. 5, n'a pas de valeur : cet article ne statue que sur ce qui

concerne les biens, nullement sur l'état et la capacité des époux. D'ailleurs, s'il faut résoudre la question par un texte, on peut lui opposer un texte plus précis de la nouvelle loi : c'est l'article 244, al. 3, l. 18 avril 1886). « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable *par la transcription sur les registres de l'état civil.* » Ainsi le jugement est rendu, mais non encore transcrit : l'un des époux décède ; si le jugement possède la puissance de dissoudre l'union, le divorce existe, la mort de l'un des anciens époux ne supprimera pas le droit acquis par l'autre sous une condition qui peut se réaliser. La loi, au contraire, considère les parties comme encore unies ; elle les dénomme époux ; elle déclare l'action en divorce éteinte par le décès de l'un d'eux ; c'est donc bien de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil, comme autrefois de la déclaration de l'officier de l'état civil que résulte le divorce, et, par suite, de cette transcription que dateront ses effets. Voilà un argument tiré du texte.

L'opinion contraire s'appuyait aussi sur le changement de la rédaction des articles 259 et 260 du Code Napoléon. Dans la première rédaction les articles 259 et 260 disaient que... *les juges pourront ne pas ADMETTRE immédiatement le divorce...* (art. 259), ou *pour y entendre PRONONCER le jugement définitif qui POURRA admettre le divorce* (art. 260). Donc, le tribunal ne faisait autre chose qu'*admettre* ou *prononcer* le divorce, et l'officier de l'état civil dissolvait le

mariage, car dans l'article 264 C. Napoléon l'officier de l'état civil prononçait le divorce... *autorisé par le jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée*. Le jugement ou l'arrêt en d'autres termes n'était qu'une *autorisation* de divorcer, après constatation judiciaire d'une cause de divorce. En 1886, le législateur a remplacé toutes ces expressions « autorisé », « admet », par celles de *prononce* : Art. 247, al. 2 : « Le jugement qui *prononce* le divorce... » Art. 249 : « Le jugement ou l'arrêt qui *prononce* le divorce... » Art. 250, al. 1. « Extrait du jugement ou l'arrêt qui *prononce* le divorce... » Ce sera donc le tribunal qui prononcera aujourd'hui le divorce et non plus l'officier de l'état civil, comme autrefois cela ressortait de la rédaction des articles.

Mais, cette rédaction découlait nécessairement de la suppression de l'intervention de l'officier de l'état civil ; on ne peut pas contester qu'autrefois le jugement ne faisait qu'admettre le divorce sans le prononcer, et que maintenant il le prononce ; mais cette différence, toute de forme, n'implique pas que la dissolution du mariage ne soit pas réservée à l'acte volontaire et final, la transcription, d'où dépend l'existence même du jugement, puisque, si cet acte n'a pas lieu, le jugement est anéanti. D'ailleurs, on n'a pas à supposer un changement de volonté dans l'esprit du législateur, quand il a pris soin de manifester lui-même une intention opposée. Voici ce qu'on lit dans l'exposé des motifs de la loi : « La nature de la formalité est seule modifiée ; les effets de la

formalité subsistent. » Que veut-on de plus positif?

On objectait aussi que la transcription du jugement fera remonter la dissolution de l'union conjugale à la date où ce jugement a été prononcé. Cette transcription étant facultative, cela revient à dire que pendant deux mois l'état civil des époux et leur capacité seront incertains ; au gré de l'un ou de l'autre des deux, s'ils viennent à s'entendre, ils auront ou n'auront pas été, pendant cette période, mari et femme. Rien de pareil ne résulte du système admis par la nouvelle jurisprudence : dans ce système, si le divorce reste en suspens, si même après avoir été admis par le juge, il est encore subordonné à la volonté des époux, c'est simplement parce que l'instance n'est pas terminée, et qu'elle n'a pas reçu sa consécration définitive ; mais au moins jusqu'à ce que le jugement soit devenu irrévocable, l'état civil des époux n'est pas incertain, leur capacité, leurs droits et leurs devoirs non plus : *ils n'ont pas cessé d'être époux*. Dans ce système, si l'état de viduité de la femme est indécis, cette indécision affectera également la légitimité des enfants qui seront, ou non, conçus hors mariage, selon que le jugement deviendra irrévocable ou non.

Enfin, contre le système de la nouvelle jurisprudence on essayait de faire valoir un argument d'analogie tiré de ce que, d'après l'article 359, C. civ., le jugement d'adoption produit ses effets sous la condition suspensive de sa transcription sur le registre de l'état civil, avec rétroactivité au jour où les parties se sont présentées devant le juge de

paix pour y passer acte de leur consentement. Mais on oubliait qu'il n'est pas permis de raisonner par analogie dans la matière du divorce : ce texte ne pouvait être utilisé que dans un système qui fit remonter la dissolution du mariage au jour de la demande en divorce —, et il n'y en a eu encore aucun de ce genre. D'ailleurs, l'adoption est un contrat préexistant à la déclaration du juge, qui ne fait que le consacrer et lui donner sa force. Le juge attribue bien aux parties dans l'adoption une qualité nouvelle ; mais il affirme l'existence d'un accord antérieur sans modifier la capacité des parties. On ne peut dire que le divorce consacre, soit un accord, soit un état antérieur ; il est exclusivement déclaratif de droits nouveaux et en conséquence non susceptible de rétroactivité.

La nouvelle jurisprudence est donc justifiée. C'est à bon droit qu'elle fixe au jour de la transcription du jugement de divorce la date de la dissolution du mariage, et les arrêts sont très bien motivés.

« Attendu, dit la Cour de cassation (1), qu'il était hors de doute, avant la loi du 18 avril 1886, que le mariage n'était pas dissous par la décision judiciaire définitive qui admettait le divorce, et que cette dissolution résultait seulement de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ; que cette dernière formalité ayant été supprimée sans être remplacée par une autre exigeant de même l'intervention d'un pouvoir autre que celui du juge,

(1) Arrêt du 18 avril 1893. D. 94. 1. 67. S. 94. 1. 5.

on devait nécessairement dire, comme l'a fait l'art. 249, C. civ., que le divorce est prononcé par le jugement ; mais que l'emploi de ce terme n'implique pas nécessairement que la décision judiciaire, à laquelle le législateur avait toujours refusé la force de dissoudre le mariage, l'ait acquise, alors surtout qu'il résulte de la loi nouvelle que le jugement sera anéanti, s'il n'est pas complété dans un délai déterminé par sa transcription sur les registres de l'état civil ; Que l'on doit retenir le passage de l'exposé des motifs où il est dit que « la nature de la formalité seule est modifiée », que « ses effets subsistent » ; Que l'on est donc fondé à penser que le principal effet de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, qui était de fixer le point de départ de la dissolution du mariage, a été rattaché à la transcription du jugement, formalité substituée ; que si le législateur ancien a voulu que la dissolution du mariage ne résultât pas de la décision judiciaire, c'est surtout parce qu'il lui a paru important que le divorce fût encore subordonné à une dernière affirmation de la volonté d'en poursuivre l'exécution ; qu'il est clairement démontré que le législateur de 1886 n'a rien abandonné de ces vues, puisqu'il exige que cette volonté se manifeste de la même manière par la réquisition de transcription et qu'il dispose dans le paragraphe 3 de l'art. 244, C. civ., que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ; Qu'il y a d'autant plus lieu le décider ainsi qu'il ne semble

pas possible que l'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux individus sont ou ne sont pas époux, et en conséquence, à quelles lois ils sont soumis pour leurs droits, leur capacité et surtout pour leurs devoirs ; Que ces considérations conduisent invinciblement à reconnaître qu'il a été bien et avec raison décidé par l'arrêt attaqué que, jusqu'au moment où la décision judiciaire qui a prononcé le divorce est devenue irrévocable par sa transcription, le mariage subsiste, et avec lui l'incapacité pour la femme de s'obliger ou de donner sans autorisation. »

Considérant, dit la Cour de Paris (1), que, si l'art. 252, § 5, C. civ., dispose que le jugement de divorce, dûment transcrit, remonte quant à ses effets entre époux, au jour de la demande, cette disposition n'a été édictée que dans le dessein, déjà prévu à l'art. 1445 du même Code, de priver le mari notamment des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance ; qu'elle concerne donc exclusivement les biens, sans apporter aucune modification aux droits et devoirs des époux, tant que subsiste le mariage ; que, dès lors, l'obligation réciproque de secours et d'assistance, établie par l'art. 212, C. civ., conserve toute sa force et doit être remplie jusqu'au jour où la décision judiciaire qui a prononcé le divorce est devenue définitive par la transcription..... »

(1) Arrêt du 13 décembre 1895. D. 96. 2. 418.

La nouvelle loi du 13 juillet 1907 a confirmé à nouveau le système suivi par la jurisprudence. L'article 296 nouveau porte que : « la femme divorcée pourra se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce. » Pour notre sujet la controverse analysée plus haut a été tranchée par un texte positif de la nouvelle loi.

*3<sup>e</sup> La disposition de la nouvelle loi du 13 juillet 1907, modifiant l'article 297 du Code Napoléon.*

Art. 297 (l. 13 juill. 1907), C. civ. « Lorsque le jugement de séparation de corps aura été converti en jugement de divorce, conformément à l'article 310 du Code civil, la femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion. »

Avant la loi du 13 juillet 1907, la femme dont la séparation de corps avait été convertie en divorce, était obligée d'attendre 10 mois, pour pouvoir contracter un nouveau mariage ; c'était l'art. 296, C. civ. (texte de la loi du 27 juillet 1884) qui lui était applicable. En vertu de cet article, la femme ne pouvait se remarier que « dix mois après que le divorce sera devenu définitif », c'est-à-dire à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt, sur les registres de l'état civil (1).

(1) Dalloz, Jur. gen. Supplément. V. *Divorce et séparation de*

La nouvelle loi a supprimé le délai d'attente : il n'y a plus de *délai de viduité*, plus de *temps de plor* pour la femme dont la séparation de corps a été convertie en divorce ; les trois ans d'attente (art. 310, loi du 27 juil. 1884) sont suffisants pour que la société n'ait plus à craindre aucune *turbatio sanguinis*.

Il y a des cas dans la pratique où la conversion de la séparation en divorce est demandée, même après plus de trois ans, et c'est pourquoi il a paru équitable au législateur de 1907 de supprimer tout délai qui retarderait vainement le remariage de la femme, comme le disait très bien M. Maurice Raynaud dans l'exposé des motifs de la proposition de loi du 13 juil. 1907 (1) : « Ce point de départ du délai de viduité a le tort d'être trop éloigné de la rupture survenue entre les époux. Si l'on calcule, en effet, le temps qui peut séparer le début de l'instance de la transcription, on voit qu'il peut s'écouler plusieurs années, notamment lorsque le divorce est la conséquence de la transformation de la séparation de corps. Cette situation offre des inconvénients très graves. Elle impose à la femme un célibat trop long, dont les conséquences sont faciles à prévoir, et la met dans un état d'infériorité flagrant et inutile vis-à-vis de la femme veuve. Il y a là une véritable cruauté à imposer à la divorcée un nouveau délai de 10 mois, après

corps, nos 554, 557. Dalloz, nouveau Code civil annoté, t. I, p. 558, art. 296, no 1.

(1) Exposé des motifs. *Journ. off.*, 2 mai 1907, annexes, p. 278.

Vintila Al. Ardeleanu.

une rupture qui remonte en général à une période plus éloignée et parfaitement délimitée. »

Les inconvénients de cette situation étaient d'autant plus manifestes, et le délai imposé à la femme divorcée par conversion de séparation de corps d'autant moins justifié que, aux termes même de l'art. 310, § 1, C. civ., la séparation effective des époux durerait depuis trois ans au moins, et qu'il n'eut pu, par suite, même en cas de nouveau mariage au lendemain de la décision de la conversion, exister aucune incertitude sur la paternité. Le nouvel article 297 fait droit à l'évidence de ces critiques, et permet à la femme divorcée, à la suite d'un jugement de conversion de séparation de corps en divorce, de se remarier aussitôt après la transcription du jugement.

Toutefois, il faut noter une difficulté qui s'est produite dans la pratique : le point de départ du délai de trois ans, après lequel la séparation de corps est convertie en divorce, n'a pas été fixé par la loi. La jurisprudence admet qu'il sera du jour où le jugement qui a admis la séparation de corps sera devenu définitif (Cas. 28 novembre 1887, D. 89. 1. 43, S. 90. 1. 113) ; il commencera donc à courir du jour de l'acquiescement si l'époux acquiesce au jugement (Cas. 28 déc. 1891, D. 92. 1. 114, S. 92. 1. 120). Mais ces difficultés ne peuvent pas se produire pour le délai de 300 jours imposé pour la crainte de confusion de part : soit que l'on compte le délai de trois ans à partir du jour où le *jugement devient définitif*, soit qu'on le compte du jour du *prononcé du jugement*, ce délai de

300 jours se trouvera toujours accompli au bout des trois ans nécessaires pour que la conversion de la séparation de corps en divorce soit prononcée : aucune *confusio seminis* n'est plus à craindre (1).

(1) Voyez toutefois une difficulté qui pourra se produire dans la pratique par la combinaison des articles 313 du Code civil (loi du 6 décembre 1850 et 18 avril 1886) et la nouvelle disposition de l'article 297 C. civ. actuel : ci-dessus p. 94-96.

### CHAPITRE III

#### LE DÉLAI DE VIDUITÉ APRÈS L'ANNULATION DU MARIAGE (1)

Le premier mariage d'une femme a été annulé; peut-elle immédiatement se remarier, ou bien doit-elle attendre l'expiration d'un délai de dix mois?

Nous croyons que l'article 228 doit être appliqué à notre hypothèse. Nous savons bien que textuellement l'art. 228 ne comprend que le cas de *dissolution* et que la femme, dans cette situation, pourrait alléguer qu'il n'est pas permis d'étendre cet article à une hypothèse que ses termes ne comprennent pas, pour restreindre sa liberté. Mais, enfin, le motif essentiel de la loi se retrouve ici, et si l'article 228 a une raison d'être dans le cas de dissolution, il a aussi une raison d'être dans le cas de *l'annulation du précédent mariage*. En somme, si la lettre de la

(1) Cette hypothèse n'a pas été prévue par la Code Napoléon. — Le législateur roumain l'a introduite (V. l'art. 210, Code civ. roumain dont nous avons donné la traduction) dans la nouvelle loi du 15 mars 1906.

loi n'est pas avec nous, son esprit du moins est bien de notre côté.

Notre opinion a été très bien mise en lumière par M. Demolombe (1) auquel nous empruntons ses arguments. Voilà ce que dit cet auteur : « Je pense également qu'il faudrait appliquer l'article 228 à l'hypothèse d'un mariage nul. Direz-vous que le texte de l'article 228 ne comprend que le cas de *dissolution*, et qu'il n'est pas permis de l'étendre à une autre situation pour restreindre arbitrairement la liberté qui appartient alors à la femme de contracter mariage aussitôt qu'elle veut ? Mais d'abord je demanderai si vous n'appliqueriez pas du moins l'article 228 à l'hypothèse où le mariage annulé produirait les effets civils par suite de la bonne foi des époux ? La négative semble bien impossible ; car cet empêchement est aussi un des effets civils du mariage ; il a pour but d'assurer l'état de l'enfant qui pourrait en provenir, et en tous cas, d'honorer encore ce mariage, même après qu'il n'existe plus ; or, le texte de l'article 228 vous manque aussi dans ce cas ; ce mariage-là n'a pas été, en effet, dissous, si vous employez ce mot dans son acception rigoureuse (art. 227) ; donc vous reconnaissez qu'il ne faut pas s'attacher de trop près ici à la lettre seule de la loi. Sans doute, l'application de notre article 228 rencontre plus de difficultés, lorsque le mariage annulé ne produit pas les effets civils. Mais pourtant je le croirais encore

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, Vol. III, 424.

applicable ; le texte n'est pas tel qu'on ne puisse l'étendre, surtout quand les motifs essentiels de la loi se retrouvent absolument identiques ; or, un mariage, même déclaré nul, a sous certains rapports, existé jusqu'au jugement déclaratif de la nullité ; cette annulation officielle, nécessaire pour qu'il cesse d'exister, pour qu'il soit dissous (on peut à certains égards, le dire), cette annulation ne détruit pas absolument tous les effets de ce mariage ; et, par exemple, les enfants nés de l'union des époux, leur appartiennent ; et la filiation est prouvée indépendamment de tout acte spécial de reconnaissance ; donc, les principes et la raison, et la morale sollicitent aussi pour cette hypothèse l'application de l'article 228. »

L'opinion contraire, soutenue par Laurent (1) qui s'appuie sur ce fait que l'article 228 dit que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus *depuis la dissolution du premier*, et que la *dissolution* (art. 227) n'arrive que par la mort de l'un des époux et par le divorce, n'a pas prévalu, et la jurisprudence (2) est unanime à étendre aussi la disposition de l'article 228 au cas de l'annulation d'un mariage, quoique l'effet de cette extension ne produise pas ses effets en *faveur de l'époux* (art. 202, Code civ.).

Les délais d'appel sont suspensifs d'exécution, mais les

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, II, 364.

(2) Dalloz, *Mariage*, n° 968. Trêves, 30 avril 1809, S. 1806, 2, 439.

pourvois en cassation ne le sont pas. Faut-il en conclure que, si la nullité d'un mariage est prononcée en appel, il peut être procédé à un nouveau mariage, dès avant l'expiration du délai pour se pourvoir en cassation, ou avant qu'il ait été statué sur ce pourvoi ?

Il est certes regrettable que la loi (1) n'ait pas consacré formellement à cet égard une exception aux principes généraux ; toutefois, peut-être, pourrait-on établir que cette exception existe, sans quoi, en fin de compte, le pourvoi en cassation de l'époux défendeur ne serait qu'une dérision, si l'autre époux pouvait néanmoins contracter un nouveau mariage.

Dans le sens d'une exception aux principes, pour ce cas particulier, on pourrait dire :

1<sup>o</sup> Que les articles 264 et 265 Code civ. l'avaient formellement prononcé pour le cas de dissolution du mariage par le divorce : or, il y a une grande ressemblance entre ces deux situations ;

2<sup>o</sup> Que, comme nous venons de le dire, on s'accorde généralement pour étendre l'empêchement résultant de l'article 228, même à l'hypothèse d'un mariage déclaré nul ; or, cette extension est légitimée, dans notre espèce, par des considérations non moins impérieuses.

Peut-être donc, serait-il permis en notre matière, dans le but de retarder ainsi la possibilité de célébrer un nou-

(1) Art. 248, al. 1<sup>er</sup> 6 févr. 1893. c. civ.

veau mariage, de déclarer exceptionnellement suspensif le pourvoi en cassation (1).

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, III, 350. — Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae, V, § 457, p. 40, note 10) soutenant l'opinion de Marcadé, veut que le mariage soit nul et inadmissible dans ce temps. Laurent (*Principes de droit civil*, II, 405), Théophile Huc (*Commentaire théorique et pratique de droit civil*, II, 122), veulent qu'il soit nul seulement s'il existe réellement une cause de nullité.

## CONCLUSION

---

Nous avons vu que le Code civil français interdit, — comme autrefois la législation romaine, — à la femme de se remarier immédiatement après la dissolution de son mariage : elle doit attendre dix mois en cas de dissolution par la mort du mari (art. 228, Code civ.), 300 jours après le divorce (art. 296, Code civ.), et, conformément à la nouvelle loi du 13 juillet 1907 (art. 297, Code civ.) elle peut se remarier, sans attendre aucun délai, aussitôt après la transcription de la décision de conversion de la séparation de corps en divorce.

On pourrait se demander si, à part le dernier cas, cette défense faite à la femme de se remarier immédiatement ne constitue pas pour elle une atteinte à sa liberté. L'homme « a le droit de se remarier immédiatement », et les femmes « doivent attendre » un laps de temps, qui d'après les objections que nous avons produites n'a pas pour but d'empêcher la *confusio seminis* pendant toute sa durée ; si la défense durait quatre mois ce danger ne serait plus à craindre. En ce qui concerne l'autre motif tiré de nos mœurs de la décence à laquelle la femme était obligée envers la société, il n'a plus de valeur aujourd'hui : la société demande à l'homme les mêmes exigences.

Voilà donc que les « féministes » peuvent tirer de là un argument en leur faveur, en disant que, c'est une nouvelle hypothèse dans laquelle la femme est « victime de sa faiblesse » ou d'autres objections semblables. Nous n'avons pas l'intention de placer ici un plaidoyer en faveur ou contre la femme : un tel argument devenu un lien commun serait hors de propos dans une thèse. Nous laisserons donc de côté tous les arguments de sentimentalisme ou de « justice romantique » pour nous occuper seulement de la question ayant pour objet de savoir si la disposition du Code Napoléon, dans laquelle on traite la femme sur un pied d'inégalité avec l'homme, en lui défendant de se remarier aussitôt après la dissolution du mariage, n'est pas une atteinte à sa liberté, et, si un jour, le législateur désireux de se conformer aux vœux des « féministes » ne devra pas réduire le délai de viduité à quatre mois seulement, ce terme étant suffisant pour parer à la confusion de part.

Nous pensons ne pas pouvoir être accusés d'avoir anticipé sur cette question : l'évolution de l'opinion publique vers le « féminisme » est très nette dans la seconde moitié du xix<sup>e</sup> siècle ; l'évolution pratique et positive du droit à ce sujet se manifeste clairement par le simple énoncé des lois récemment promulguées en faveur des femmes : loi du 7 décembre 1897 modifiant les articles 37 et 980 du Code civil, 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI (une femme peut servir de témoin dans un mariage à la mairie) ; loi du 23 janvier 1898 qui a donné aux femmes commerçantes le

droit de prendre part à l'élection des juges des tribunaux de commerce ; loi du 1<sup>er</sup> décembre 1900 par laquelle on autorise les femmes à exercer la profession d'avocat ; la loi du 2 juillet 1907 a permis aux femmes d'exercer la tutelle des enfants naturels ; loi du 13 juillet 1907 qui leur a donné la libre disposition du produit de leur travail. C'est au féminisme que tendent directement les Saint-Simoniens et les Fourieristes ; et nous n'avons pas la prétention de rassembler ici toutes les opinions qui manifestent cette faveur croissante pour les femmes. Condorcet demandait la destruction « des préjugés qui ont établi entre les deux sexes une inégalité de droit funeste à celui même qu'elle favorise » ; et, nous ne sommes pas loin de voir à tous les points de vue la femme égale à l'homme. Si donc nous nous demandons quel sera l'état de la législation de demain, nous sommes au courant du mouvement des questions qui s'agitent de nos jours.

Nous estimons à ce sujet que le législateur qui se laissera convaincre par les arguments des « féministes » et essayera de réduire le délai de viduité à quatre mois, se trouvera en conflit avec la morale, car, comme nous l'avons déjà vu, si la confusion de part n'est plus à craindre après quatre mois de veuvage, l'état moral du nouveau mari, détenteur de l'autorité maritale, se trouve dans une situation impossible ; les graves difficultés qui feront naître dans la pratique les déclarations des enfants nés dans ce temps, nous forcent encore davantage à conclure qu'avant l'accouchement de la femme pendant la durée du minimum admis pour les

grossesses les plus longues, il n'est pas possible d'accéder à la demande de réduction au délai de viduité.

Cette prohibition *propter sexum* imposée à la femme pendant tout le temps de viduité, que ce chiffre soit de dix mois ou 300 jours, a son fondement dans les exigences sociales, et si les femmes veulent avoir les mêmes droits que les hommes, elles doivent se soumettre aussi aux devoirs imposés par la société dans laquelle elles auront ces droits. Or, la soumission à un devoir imposé par la société n'est pas une atteinte à la liberté.

Mais si la femme a accouché pendant la viduité, que ce soit avant quatre mois, aucun danger n'est plus possible, et un changement dans la législation doit être demandé. C'est ce que décidait le préteur romain, il y a quelques siècles, c'est ce que permettait le Code Calimach par son article 145 il y a cent ans, c'est ce qu'ont admis quelques législations modernes, comme nous l'avons vu plus haut. La modification des articles 228 et 296 du Code civil français dans ce dernier sens, sera une œuvre conforme aux vœux des exigences sociales d'aujourd'hui.

Vu, le doyen,

P. CAUWÈS

Vu par le président de la thèse,

ALBERT WAHL.

Vu et permis d'imprimer.

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
pour le Vice-Recteur l'Inspecteur de l'Académie.*

ALBERT CAHEN.

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                                                 | 1  |
| LA LÉGISLATION ROMAINE. . . . .                                                                                                                                                                        | 13 |
| LA LÉGISLATION COUTUMIÈRE . . . . .                                                                                                                                                                    | 33 |
| LE DROIT CIVIL. . . . .                                                                                                                                                                                | 49 |
| <br>CHAPITRE PREMIER. — Le délai de viduité après la mort du<br>conjoint . . . . .                                                                                                                     |    |
| Sur quel motif repose cette défense ? . . . . .                                                                                                                                                        | 51 |
| Quelle est la sanction de ces dispositions des ar-<br>ticles 228 et 296 du Code civil ? . . . . .                                                                                                      | 53 |
| Principauté de Monténie. . . . .                                                                                                                                                                       | 65 |
| Principauté de Moldavie. . . . .                                                                                                                                                                       | 70 |
| Le délai de viduité est-il d'ordre public ? . . . . .                                                                                                                                                  | 71 |
| Quelles sont les personnes qui peuvent faire opposition<br>à l'officier de l'état-civil, pour qu'un mariage ne soit<br>pas contracté en violation des articles 228 et 296<br>du Code civil ? . . . . . | 74 |
| Difficultés qui peuvent s'élever sur la filiation de l'en-<br>fant né depuis le convol, dans le cas où la femme<br>n'observe pas le délai de viduité : . . . . .                                       | 77 |
| 1° Une femme accouche plus de 180 jours après la<br>célébration du second mariage, et moins de 300 jours<br>après la dissolution du premier. . . . .                                                   | 80 |
| 2° La femme accouche moins de 180 jours après la cé-<br>lébration de son second mariage, moins de 300 après<br>la dissolution du premier. . . . .                                                      | 80 |
| 3° Une femme veuve accouche, puis se remarie avant                                                                                                                                                     | 84 |

|                                                                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| l'expiration des quatre premiers mois de son veu-<br>vage; 180 jours depuis son second mariage, mais<br>moins de 300 depuis la dissolution du premier, elle<br>accouche une seconde fois . . . . . | 87  |
| CHAPITRE II. — Le délai de viduité après le divorce . . .                                                                                                                                          | 97  |
| 1° Quel est le jour du premier jugement préparatoire,<br>interlocutoire ou au fond, rendu dans la cause? . .                                                                                       | 103 |
| 2° Quel est le jour de la dissolution du mariage? . .                                                                                                                                              | 113 |
| 3° La disposition de la nouvelle loi du 13 juillet 1907<br>modifiant l'article 297 du Code Napoléon . . . .                                                                                        | 128 |
| CHAPITRE III. — Le délai de viduité après l'annulation du<br>mariage . . . . .                                                                                                                     | 132 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                                                                                                                               | 137 |

## ERRATA

---

|                         |           |                                                                                                                                                       |
|-------------------------|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Page 2,                 | ligne 11, | au lieu de « ct » lisez <i>et</i> .                                                                                                                   |
| » 12,                   | » 4,      | » « <i>lempus</i> » lisez <i>tempus</i> .                                                                                                             |
| » 31,                   | note 3,   | » « C. 17. De repudiis... » lisez « C. 5, 17, De repudiis... »                                                                                        |
| » 45,                   | » 1,      | » « Comp. Nouvelle 39, ch. II » lisez « comp. Nouvelle, 39, ch. II, 5. »                                                                              |
| » 53,                   | ligne 18, | » « Sur quel motif repose cette défense ? » lisez « Sur <i>quel</i> motif repose cette défense ? »                                                    |
| » 80, la note, ligne 4  |           | » « S'appuie sur ce que droit qu'a le procureur de la République », lisez « s'appuie sur ce que <i>le</i> droit qu'a le procureur de la République ». |
| » 87,                   | ligne 9,  | » « Puis se remarie avec l'expiration des quatre », lisez « puis se remarie <i>avant</i> l'expiration des quatre... »                                 |
| » 91, la note, ligne 8, |           | » « proscription », lisez <i>prescription</i> .                                                                                                       |

---





